

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDO BUZZÁ MACHADO

DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DO RISCO

CURITIBA

2008

FERNANDO BUZZÁ MACHADO

DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DO RISCO

**Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Departamento de Direito
Penal e Processo Penal, Universidade Federal
do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Ivan Guérios Curi

CURITIBA

2008

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de investigação o papel do Direito Penal em meio à proeminente necessidade de contenção dos mega-riscos contemporâneos verificados no contexto da Sociedade do Risco, cujo contorno e características foram delineados especialmente pelo sociólogo Ulrich Beck. Segundo o referido autor, a sociedade moderna, industrial, na qual os riscos provinham ou de fatos naturais ou de ações humanas definidas e próximas, dá lugar a uma nova sociedade (pós-industrial), na qual os riscos passam a ter escala global, planetária. E, ainda, são frutos de ações humanas anônimas, que apresentam insignificância na sua individualidade, mas grande relevância social se consideradas em conjunto com as demais de sua espécie. Tal panorama social contemporâneo inexoravelmente traz impactos para o Direito Penal inerente às sociedades democráticas do final do século XX e que revela o Paradigma Penal Clássico. Marcado pelo princípio da intervenção mínima e da proteção subsidiária dos principais bens jurídicos, o Direito Penal Clássico vê-se, na contemporaneidade, pressionado a expandir-se em direção à tutela do grupo social contra os aludidos riscos globais da atualidade, modificando-se e aperfeiçoando-se para ser técnica e funcionalmente apto ao cuidado dessa nova realidade social. Um ordenamento penal fundado num *Paradigma do Risco*, porém, além de contribuir para a corrosão das garantias trazidas pelo Paradigma Penal Clássico, tende, ao invés de efetivamente controlar os riscos globais, a realizar uma função simbólica de atenuação da insegurança popular desencadeada pelo surgimento da Sociedade do Risco.

Palavras-chave: Paradigma Penal Clássico; Sociedade do Risco; Direito Penal do Risco; Riscos Globais..

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2 Parte I.....	7
2.1 O PARADIGMA PENAL CLÁSSICO.....	7
2.1.1 O Direito Penal Subsidiário e Fragmentário	8
2.1.2 Funções da Pena Criminal	16
2.1.3. Ciência Conjunta do Direito Penal: a Preponderância da Política Criminal.	21
2.1.3..1 Da Enciclopédia das Ciências Criminais à Ciência Conjunta do Direito Penal.....	21
2.1.3.2 A Relatividade Histórica das Categorias	22
2.1.3.3 Estado de Direito Formal.....	23
2.1.3.4 Sociologismo Jurídico.....	24
2.1.3.5 Estado de Direito Material	24
3 Parte II.....	27
3.1 Apontamentos Iniciais.....	27
3.2 A Sociedade do Risco e suas Características.....	31
3.2.1 Primeira Modernidade x Segunda Modernidade.....	31
3.2.2 Os Riscos Do Século XXI.....	33
3.2.3 A Sociedade da Insegurança.....	37
3.2.4 Os crimes na Sociedade do Risco.....	39
3.2.4.1 Sutherland e a Teoria do WHITE COLLAR CRIME....	42
3.3 O impacto da Sociedade do Risco no Direito Penal.....	44
3.3.1 A Formação de um Direito Penal do Risco.....	46
3.3.1.1 Características de uma Dogmática do Risco.....	49
3.3.1.1.1 Normas Penais em Branco.....	49
3.3.1.1.2 Tipos Penais Abertos	50
3.3.1.1.3 Tipificação de Crimes de Perigo.....	51
3.3.1.1.4 Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica.....	52
3.3.2 A Função Simbólica do Direito Penal do Risco e a Corrosão do Paradigma Penal Clássico.....	53
4. Conclusão.....	57
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

O sociólogo Ulrich Beck, recentemente, trouxe para a pauta de discussões sócio-políticas o fenômeno da “modernização da modernização” ou “modernidade reflexiva”. Para ele, o quadro social consubstanciado nos movimentos políticos do século XVIII vem sofrendo uma mutação, em decorrência das circunstâncias inerentes ao desenvolvimento frenético do capitalismo, nas últimas décadas. Globalização, avanço tecnológico e potencialização das comunicações configuram e desenham uma realidade social nova, diversa daquela de tempos passados: uma realidade social atormentada pela ameaça planetária oferecida pelos mega-riscos pós-industriais.

O argumento central de Beck¹ (1999) é que a Sociedade Industrial, marcada pela intensa produção e distribuição de bens, foi substituída pela chamada Sociedade do Risco, na qual a criação e disseminação dos riscos não obedecem a fronteiras e nem se orientam por diferenças sociais e geográficas. No âmbito dessa nova configuração social, o homem tem notícia de que a técnica, a ciência e a sua própria razão, tida até então como infalível, não são capazes de controlar e conter os riscos a que dão causa, riscos esses que guardam um significativo potencial catastrófico, oculto de início, mas de consequências irreversíveis quando revelado.

À contemporaneidade, portanto, é conferido um desafio até então inédito: combater os novos riscos de escala global, entre os quais se incluem os riscos ecológicos, químicos, nucleares, genéticos e até econômicos.

Essa problemática, naturalmente, tem despertado a atenção dos estudiosos do Direito, especialmente dos do Direito Penal, que muito discutem o alcance do papel do ordenamento jurídico-penal na tutela desses riscos contemporâneos.

O Direito Penal atual, de cunho liberal, antropocêntrico e individualista, encarna o chamado Paradigma Penal Clássico, cuja principal orientação é a mínima intervenção do ordenamento jurídico-penal, a qual seria restrita a um seleto rol de direitos essencialmente individuais e socialmente fundamentais.

¹ BECK, U.. **World Risk Society**. Cambridge: Polity Press, 1999

Frente a essa nova realidade social que se põe na atualidade, a Ciência do Direito Penal presencia uma tendência à adaptação e ao aperfeiçoamento da dogmática e das técnicas penais à necessidade de controle e contenção dos novos riscos globais, ou seja, uma tendência à expansão do Direito Penal que culminaria na formação de um Direito Penal do Risco o qual, marcado pela *funcionalização* e pela ampla intervenção, em muito se afastaria e se diferenciaria do Direito Penal Clássico.

Em meio a essas forças expansionistas da incidência do Direito Penal, vale dizer, faz-se salutar e indeclinável um posicionamento crítico que analise não só os impactos sociais da formação do Direito penal do Risco, mas que também indague se é adequado, importante e saudável tanto para o grupo social, quanto para a Ciência do Direito Penal, a participação ativa e incisiva do ordenamento jurídico-penal no enfrentamento dos desafios trazidos pela Sociedade do Risco.

Tais indagações, por certo não se limitam ao campo teórico, tendo significativas repercussões práticas e sociais. As ferramentas que possibilitarão a construção da melhor forma de proteger as gerações futuras dos mega-riscos do século XXI dependem das respostas a esses questionamentos, razão pela qual se faz de considerável relevância a investigação dessa temática, para cujo estudo e desenvolvimento a presente pesquisa busca contribuir.

Afinal, ignorar esse tema, deixando de lado o debate respeitante ao papel do Direito Penal nessa nova configuração social, é renunciar à tarefa de engendrar mecanismos de resguardo dos principais atingidos pelo contemporâneo quadro social: as gerações futuras.

2 PARTE I

2.1 O PARADIGMA PENAL CLÁSSICO

A doutrina jurídico-penal costuma denominar paradigma penal clássico o modelo de Direito Penal consubstanciado nas sociedades democráticas industriais do final do século XX.

Cunhado sob forte influência do movimento do Iluminismo Penal, tal paradigma reflete o individualismo liberal característico do pensamento ocidental moderno propagado após o século XVII e que teve seu ponto ótimo de concretização política nas Revoluções Burguesas do século XVIII, especialmente a Francesa.

De natureza secular, o Direito Penal moldado perante o paradigma atual destina-se somente à proteção dos valores mais dignos e significantes da sociedade, nunca se prestando à defesa de uma ordem puramente moral. Revela-se então uma rigorosa e marcante dissociação entre Direito e Moral ou Direito e Religião.

A mínima intervenção do ordenamento jurídico-penal, orientada pela estrita necessidade de tutela, é também um dos sustentáculos do dito direito penal clássico, que não é primeira, mas a *ultima ratio* na salvaguarda de bens jurídicos.

Nesse sentido, é possível apontar três grandes características político-criminais do paradigma penal atual (clássico), que o desenham e o qualificam. São elas: *a)* o caráter subsidiário e fragmentário da incidência penal; *b)* a ênfase nas finalidades preventivas da pena criminal (e medida de segurança); *c)* a preponderância da política criminal no contexto da Ciência Conjunta do Direito Penal.

2.1.1 O Direito Penal Subsidiário e Fragmentário

Na comunidade e no ambiente em que está inserido, o homem permanentemente se movimenta em busca de sua felicidade. Impulsionado por seus sentimentos, instintos e razão, o ser humano nada mais faz senão lutar pelo seu bem-estar.

Esse intento, porém, não raro, é galgado às custas de um alto preço: o choque com os demais indivíduos do grupo social. Montesquieu² (2003) afirma que toda e qualquer pessoa está envolvida numa inexorável rede de “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”. A interação do homem com os demais de sua comunidade, portanto, é algo inevitável. Inevitáveis, também, por outro lado, são os conflitos decorrentes desse necessário contato entre indivíduos no seio do ambiente comunitário. A satisfação de seus próprios interesses e anseios pode se contrapor à atividade dos outros membros do grupo social, gerando uma atmosfera de constante indisposição no âmbito da vida em comunidade.

Por essa razão e para manter a harmônica convivência entre os semelhantes, todo e qualquer indivíduo está imerso numa indissolúvel teia de regras sistematicamente elaboradas, que gerenciam e governam seus comportamentos e posturas, com o intuito de evitar que atividades individuais prejudiquem o próximo e a coletividade. O homem, assim sendo, move-se num espaço normatizado, vivendo circundado por comandos que regulam como ele deve se portar em seu cotidiano. O Direito, portanto, pensado como o conjunto de proposições normativas, assume o vital papel de pacificador social, ditando regras e princípios que, uma vez cumpridos, podem garantir a harmonia da vida em sociedade. Nessa esteira, Karl Larenz, citado por Enrique Gimbernat Ordeig³ (2002), afirma que “o Direito é a ordem da convivência humana, sob a exigência da justiça, que em cada momento revela-se vinculante numa determinada comunidade jurídica”. No mesmo sentido, vale dizer, pensa Aníbal

² MONTESQUIEU apud DOTTI, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

³ ORDEIG, E.G. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.19.

Bruno⁴ (1978) ao dizer que “(...) as sociedades humanas se encontram ligadas ao Direito, fazendo-o nascer das suas necessidades fundamentais, e, em seguida deixando-se disciplinar por ele, dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência.”

Ora, se o Direito é ordenamento da coexistência social, o Direito Penal, como setor dessa ordem, é um subsistema jurídico que concorre para o macro escopo da harmonização da convivência social. E ele o faz em sintonia com a peculiaridade que lhe é característica: o Direito Penal prevê, como resposta a graves infrações jurídicas, a mais incisiva das sanções jurídicas: a pena criminal.

As normas integrantes do Direito são dotadas de imperatividade, isto é, aplicam-se aos membros do grupo social que devem obrigatória e impreterivelmente cumpri-las, não lhes sendo facultado olvidar o conteúdo do preceito normativo. O Estado, a seu turno, para realizar e concretizar a referida imperatividade, tem a seu favor a coercibilidade, ou seja, a possibilidade de exigir a observância da norma mediante a ameaça de aplicação de uma sanção em caso de descumprimento. E é justamente o risco de ser acometido por conseqüências jurídicas adversas que compele o indivíduo a conformar-se à norma. O preceito e a sanção, por conseguinte, completam-se para que a vontade da norma ganhe concretude. Por esse motivo, aliás, Ordeig (2002) desenvolve um interessante raciocínio, dizendo que o “Direito é concebido em regras e expresso em proposições jurídicas”⁵ e que uma “proposição jurídica conta com dois elementos: o fato típico (descrição do fato) e a conseqüência a ele vinculada.”.

Nos demais ramos do Direito, como o Direito Civil, as conseqüências que o ordenamento faz incidir sobre os infratores são as mais diversas possíveis. O feixe de conseqüências é amplo. Tal premissa não vale para o Direito Penal, fato que, aliás, que é seu traço marcante e distintivo. No ordenamento jurídico-penal, não há esse espectro diversificado de conseqüências, de modo que nele há a precisa definição legal de um ilícito e a

⁴ BRUNO, Anibal. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º: introdução, Norma Penal, Fato Punível**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

⁵ ORDEIG, E.G. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.19.

subseqüente cominação de uma sanção, com a diferença de que o ilícito aqui referido é uma grave ofensa a um essencial bem jurídico e a sanção é a mais drástica de toda a ordem positivada. Pela especialidade de que são revestidos, o ilícito e a sanção recebem denominações igualmente especiais: o ilícito se chama crime (ou delito) e a sanção tem a alcunha de pena. Em casos específicos, porém, a consequência jurídica assume a figura de medida de segurança e não de pena em si. Mas o caráter severo da resposta penal está igualmente presente.

O Direito Penal, portanto, trabalha com a descrição abstrata de comportamentos significativamente danosos e atribui a cada um deles a resposta sancionatória condizente. A pena (ou medida de segurança, conforme o caso) seria um mal equivalente ao provocado pelo autor do crime e se justificaria tanto pela necessidade de retribuição quanto pela importância da prevenção contra novas condutas desviadas. Como bem alerta Heleno Cláudio Fragoso⁶,

a sanção característica da lei penal, ou seja, a pena, não consiste na execução coativa do preceito jurídico violado, mas na perda de um bem jurídico imposta ao autor do ilícito, ou seja, num mal infringido ao réu, em virtude de seu comportamento antijurídico. Daí o seu caráter retributivo. (2004).

Em suma, contra as lesões mais gravosas aos bens jurídicos fundamentais da sociedade, o Estado se arma com o instrumento institucional mais rigoroso e severo, o Direito Penal, que sagra-se como verdadeiro “arsenal pesado” da sociedade organizada na luta contra os mais impactantes descumprimentos de normas jurídicas.

Como já dito, o Direito Penal volta-se à proteção de bens jurídicos. E nada mais. Só justifica-se uma intervenção tão severa na esfera pessoal daqueles que são apenados se isso for importante e necessário ao resguardo de bens jurídicos eleitos socialmente como essenciais à plena comunidade de vida. A *referibilidade* da norma penal à idéia de bem jurídico é obrigatória não apenas por uma questão de lógica sistêmica, mas antes por motivo de garantia de princípios como a dignidade da pessoa humana. Se desvinculado do objetivo precípuo da proteção de bens jurídicos, o poder estatal de punir consagra-se como meramente retórico e simbólico, servindo, não raro, apenas

⁶ FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3..

como instrumento de realização de políticas estatais. Seria então um Direito Penal a serviço dos interesses daqueles que o elaboram e o operam, afastando-se do ideal de que o ordenamento jurídico penal seria tão somente o mais contundente mecanismo de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

Juarez Cirino dos Santos (2006) ressalta veementemente que bem jurídico é ainda um conceito necessário ao Direito Penal. Diz o autor que “o conceito de bem jurídico, como critério de criminalização e como objeto de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito [...]”⁷.

Von Liszt, citado por Aníbal Bruno⁸(1978), diz que bem jurídico é um interesse juridicamente tutelado. É um interesse da vida, do indivíduo, da coletividade, que pelo seu caráter fundamental e valor social são alçados pela consciência comum ao *status* de bem jurídico, isto é, ganham a proteção e tutela do Direito. E é esse bem jurídico que é o centro de qualquer preceito normativo integrante do ordenamento jurídico-penal.

Frente a isso, uma questão logo emerge: todo e qualquer bem jurídico será alvo da proteção *desferida* pelo Direito Penal? Ora, se o Direito Penal funciona mediante a previsão e incidência das mais gravosas sanções jurídicas, naturalmente não pode ele pretender cuidar de todos os interesses individuais e coletivos, devendo-se reservar apenas para a tutela dos mais importantes e que careçam de tão incisiva intervenção. A coerção penal é uma ingerência contundente no espaço da liberdade das pessoas, de tal modo que ela só deve ocorrer se a envergadura do bem jurídico seja tal que demande esse exercício punitivo. O legislador, portanto, deve ser seletivo, direcionando o aparato repressivo do Estado apenas para certos bens jurídicos.

Essa incidência parcial configura o chamado “*caráter fragmentário*” do Direito Penal, que significa exatamente a não uniformidade com que esse setor do Direito se realiza na realidade concreta. *Fragmentariedade* aqui é, por conseguinte, sinônimo de seletividade, significando que certos bens jurídicos são pinçados dentre vários outros, passando a gozar da proteção penal. Essa

⁷ SANTOS, J. C. **Direito Penal. Parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006

⁸ LISZT apud BRUNO, Anibal. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º: Introdução, Norma Penal, Fato Punível**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 31.

seleção, como não poderia deixar de ser, obedece a certo método e um certo critério. O método é o do *cálculo vantagem-desvantagem*: o legislador só faz incidir os males da pena quando sua conseqüência concreta não seja mais danosa do que a própria conduta criminalizada. Ou seja, condutas pouco lesivas, que trazem ofensas insignificantes a bens jurídicos de relevância secundária não exigem a imposição da pena criminal, pois não é razoável a imposição das privações inerentes a essa típica sanção. Se mínimo o *desvalor* do comportamento, o Direito Penal deve se abster, em nome do princípio da proporcionalidade. Já o critério de seleção dos bens jurídicos é o *critério constitucional*. Num Estado Democrático de Direito, é a Constituição que oferece os parâmetros e diretrizes para se determinar o que é fundamental e, portanto, merecedor de robusta proteção jurídica. A Carta Magna, espaço de positivação dos anseios do grupo social, encarna os valores essenciais da sociedade, sendo a fonte primordial e inescusável da escolha dos interesses que estarão sob a batuta do Direito Penal. A seletividade a que se refere é impulsionada por uma *principiologia* axiológica de índole constitucional.

Essa *fragmentariedade* do Direito Penal é, vale dizer, uma das características do dito paradigma penal clássico. Ao lado da *fragmentariedade*, o paradigma penal das sociedades industriais do final do século XX é marcado pela denominada *subsidiariedade* do Direito Penal.

Certa parte da doutrina menciona a existência de um chamado Direito Penal Subjetivo, que seria o poder estatal de descrever infrações e atribuir as respectivas sanções. É o *jus puniendi*, o direito de castigar pelo qual o Estado desencadeia a repressão penal buscando a conformação do indivíduo ao Direito mediante a ameaça da execução de uma pena criminal. O estudo desse denominado Direito Penal Subjetivo enseja, a seu turno, a correlata reflexão a respeito dos limites do exercício do poder punitivo do Estado, reflexão essa que é conduzida por perguntas que passam pelo *quando*, *se* e *como* da incidência penal.

Para precisar o aludido limite da intervenção do ordenamento jurídico-penal alguns autores falam no caráter secundário do Direito Penal, pretendendo dizer que o sistema penal não é a primeira das alternativas de pacificação social a que se deve recorrer, mas, pelo contrário, é o último dos instrumentos, o qual deve atuar somente em situações extremadas. Daí a

secundariedade. Porém, como bem alerta Enrique Gimbernat Ordeig⁹, (2002) o termo secundário é impróprio e inadequado para designar essa característica do Direito Penal, vez que denota irrelevância, insignificância. E, certamente, irrelevante é algo que o Direito Penal não é. Assim sendo, ao invés de chamá-lo de secundário, **devemos** classificá-lo como um ramo *subsidiário* ou de *última instância*.

O Direito Penal, como já ressaltamos, trabalha com as mais gravosas consequências jurídicas de todo o ordenamento positivado. Descumprido o preceito normativo, ao infrator não se impõe coercitivamente a execução forçada do comando desobedecido, mas sim a privação de um valioso bem jurídico, submetendo-o a um sofrimento de equivalente monta ao provocado pelo cometimento do crime. Dessa forma o Direito Penal, por fornecer respostas drásticas a ilícitos, não pode ser pensado como o primeiro dos mecanismos de controle social, mas sim como o último, vez que tamanha intervenção na esfera individual das pessoas apenas se justifica se o bem jurídico em questão for de grande importância e se outros meios jurídicos menos incisivos não lograram protegê-lo a contento.

Tomemos como exemplo, a título ilustrativo, a cura de um doente: constatada a existência de uma leve enfermidade, plenamente curável mediante a administração temporária de suaves medicamentos, ilógico seria a realização imediata de uma delicada intervenção cirúrgica. E isso porque o mesmo resultado – a total cura do paciente – poderia ser tranquilamente alcançado por um tratamento médico mais simples e menos penoso. Analogamente, se dois funcionários de uma empresa entram em conflito no ambiente de trabalho, deve-se antes tentar primeiramente a conciliação e a solução pacífica do impasse. Somente se essa resultar insuficiente para o restabelecimento da harmonia deve-se recorrer à demissão dos funcionários envolvidos no atrito. Ou seja, a severidade que marca o rompimento do vínculo empregatício aconselha que dele se valha somente quando outras alternativas não tão agressivas tenham falhado na missão de estabelecer a paz no cotidiano do exercício da empresa. Nos exemplos citados, portanto, a demissão dos trabalhadores e a cirurgia são meios *subsidiários* (ou *acessórios*)

⁹ ORDEIG, E.G. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25..

para se concretizar escopos específicos, uma vez que só entram em cena para suprir a deficiência de outros instrumentos que a princípio deveriam cumprir tais escopos mediante efeitos colaterais menos intensos.

O Direito Penal obedece a essa lógica, vez que de tão radical cuida apenas de infrações que radicalmente lesam bens jurídicos fundamentais, os quais, se relegados exclusivamente ao império de outros ramos do Direito, restariam insuficientemente tutelados.

Essa *subsidiariedade* do Direito Penal, vale dizer, orienta não apenas a atividade do legislador penal, que deve reservar a incidência do aparato repressivo a certos bens jurídicos encarados como essenciais, mas pauta também a atuação dos legisladores de outros setores do sistema jurídico. Ora, se o legislador civil, por exemplo, descuidar da tutela de certos interesses merecedores de sua proteção, o Direito Penal, frente a esse desamparo, pode ser compelido a intervir numa esfera em que a rigor não seria adequada e razoável sua atuação. Certos interesses requerem proteção, mas não a profunda proteção do Direito Penal; todavia, a carência de tutela a ser promovida por micro-sistemas mais brandos exige invariavelmente uma participação tão forçada quanto imprópria do Direito Penal. Enfim, a salvaguarda e manutenção do caráter *subsidiário* do ordenamento jurídico-penal dependem não só da postura de penalistas, mas antes da postura de todo e qualquer jurista.

Fragmentariedade e *subsidiariedade*, entendidas como marcas do paradigma penal clássico são traços que moldam um Direito Penal orientado para a intervenção mínima. Direito Penal Mínimo, aliás, é uma idéia invocada pelo sistema penal *garantista*, pensado e estruturado por Luigi Ferrajoli, ao longo de sua vasta produção acadêmica.

O referido autor, citado por Salo de Carvalho¹⁰ (2004), ao estudar o Direito Penal e sua incidência, busca racionalizar o sistema jurídico-penal, orientando-o para a máxima tutela dos direitos e garantias fundamentais mediante o estabelecimento rigoroso de pressupostos restritivos do arbítrio judicial e legislativo .

¹⁰ FERRAJOLI apud CARVALHO, A. B. **Aplicação de Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25.

Segundo Ferrajoli¹¹ (2004), para que se aplique e execute uma pena é necessária a ocorrência de um fato tipificado legalmente como delito, cuja criminalização seja socialmente necessária. Tal fato deve ser realizado por um sujeito imputável e culpável, trazendo efeitos danosos a terceiros. E ainda o cometimento do crime deve ser certificado por meio de um processo judicial previamente estabelecido em lei, conduzido por um juiz imparcial, sendo assegurada a ampla possibilidade de defesa e de produção de provas. Assim sendo, onze são as condições para a responsabilização penal no sistema garantista: *a) pena; b) delito; c) lei; d) necessidade; e) ofensa; f) conduta; g) culpabilidade; h) juízo; i) acusação; j) prova; l) defesa.*

Tem-se, portanto, uma série de princípios e pré-requisitos que obrigatoriamente devem estar cumpridos para que o Estado possa exercer seu poder punitivo, princípios estes que cunham um Direito Penal de mínima atuação na realidade concreta, pois inexoravelmente freado por limites que alçam a dignidade da pessoa humana ao centro das atenções do sistema. E isso porque no sistema *garantista*, pretende-se não apenas a proteção do grupo social contra o cometimento de crimes, mas também o resguardo da dignidade e integridade do próprio delinquente, frente à repressão penal levada a efeito pelo Estado, por meio do seu aparelho punitivo. Enfim, *garantismo* penal é uma opção política que passa pela adoção de princípios que consagram uma restrita incidência do Direito Penal no grupo social, **galgando** a certeza de que nenhum inocente será injustamente punido e que nenhuma garantia fundamental será sacrificada, em prol da preservação da segurança pública.

Obviamente, nenhum sistema penal será por completo *garantista*, pois *garantismo* é antes de mais nada um sistema ideal. Porém, quanto maior a adesão sistêmica aos princípios da responsabilidade penal trazidos por Ferrajoli, maior será a proximidade do ordenamento jurídico a um Direito Penal Mínimo, cujo postulado reitor é o da intervenção mínima, que é um dos emblemas do dito paradigma penal clássico.

¹¹ FERRAJOLI apud CARVALHO, A. B. **Aplicação de Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 85.

2.1.2 Funções da Pena Criminal

Crime representa o maior grau de contrariedade ao Direito. Logicamente, a sanção a ele correspondente será a mais gravosa e agressiva de todo o ordenamento jurídico. Certos comportamentos são qualificados como delito em virtude de desencadearem profunda ofensa a bens e interesses dotados de grande valor social. Busca-se, portanto, com a incriminação de condutas e a cominação e execução de penas (ou medidas de segurança, conforme o caso), evitar que tais comportamentos se realizem na sociedade. O sistema punitivo destina-se, como quer Heleno Cláudio Fragoso (2004), à “defesa social”¹².

Ao longo dos tempos, a doutrina do Direito Penal, ao debruçar-se sobre o estudo da Teoria da Pena, dedicou-se a desvendar e determinar os fins da pena, assim como seu fundamento. Diversas correntes doutrinárias se estruturaram, as quais podem ser condensadas em três grandes linhas de pensamento: a) teorias absolutas; b) teorias relativas; c) teorias unificadas ou unitárias.

Teoria absoluta da pena é a vertente que vê a pena como a imposição de um *mal* justo em retribuição à promoção de um *mal* injusto. Cometido um delito e, portanto, ofendido um bem jurídico importante para o grupo social, o autor de tal lesão deve receber uma resposta que lhe seja em igual proporção danosa. A função da pena, portanto, seria a de devolver ao infrator sofrimento equivalente àquele por ele perpetrado com a realização da conduta delituosa. Nenhum outro fim seria perseguido senão o de recompensar o mal provocado pelo descumprimento do Direito.

Retribuição é, vale dizer, a mais antiga e popular função atribuída à pena. Juarez Cirino dos Santos (2006) investiga e descreve as razões históricas, culturais e filosóficas do prestígio de que goza a finalidade retributiva da sanção criminal. Diz o autor, em primeiro lugar, que a lógica da retribuição equivalente de um mal sofrido é inata ao ser humano, assim como o é para todo e qualquer animal¹³. Se um leão, por exemplo, é agredido fisicamente, sua

¹² FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹³ SANTOS, J. C. **Direito Penal. Parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 454.

reação instintiva é automaticamente responder quem lhe ofendeu. Analogamente, se um cão subtrai a comida de outro cão, inevitavelmente sofrerá as conseqüências da ira daquele cujo alimento não está mais em seu poder. O homem, por seu turno, sendo antes de tudo um animal, não foge a essa lógica, sofrendo a influência dos instintos que ordenam a pronta resposta a uma lesão perpetrada por outrem.

Essa causa biológica é potencializada por uma relevante circunstância cultural: as religiões judaico-cristãs são centradas numa figura divina retributiva. Explica Cirino dos Santos que a entidade divina é pensada como uma autoridade severa e implacável com os pecadores, atribuindo-lhes castigos e punições por descumprimentos dos preceitos e dogmas religiosos. A justiça divina então seria baseada na salvação dos bons e na danação dos maus, ou seja, quem faz o bem é retribuído com um bem-estar eterno e quem propaga o mal durante a vida seria condenado ao sofrimento. O binômio castigo-recompensa rege o sistema normativo das religiões.¹⁴

Como terceiro fator para a sobrevivência da idéia de retribuição no Direito Penal, Cirino dos Santos cita a contribuição dos próprios diplomas normativos, como o Código Penal Brasileiro, que expressamente alberga a função de retribuição da pena em seu art. 59, o qual estipula que o juiz deve aplicar uma sanção que seja necessária e suficiente para a reprovação do crime.¹⁵ Por fim, tem-se que o pensamento de importantes filósofos idealistas como Hegel, Kant e Feuerbach também concorrem para a manutenção do caráter retributivo da pena¹⁶.

Apesar de inegavelmente arraigada, a retribuição como finalidade da pena não está imune a críticas. Roxin¹⁷, citado por Fragoso (2004), diz que pena como retribuição de um mal injusto não passa de um mero *ato de fé*, uma simples crença, já que os efeitos danosos da realização de um delito não poderiam ser apagados ou compensados em sua plenitude pela imposição de uma pena.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem, p. 455.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ ROXIN apud FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 344.

As teorias relativas sobre a pena apontam para a finalidade preventiva da sanção criminal. A pena não teria o escopo de devolver o mal causado pelo delinqüente, mas sim evitar que novos comportamentos delituosos venham a ocorrer novamente. Trazendo uma concepção utilitária de pena, as teorias relativas direcionam o escopo da sanção criminal para o futuro, buscando prevenir crimes. Nesse contexto, duas espécies de prevenção são aventadas pela doutrina: prevenção geral e prevenção especial.

A função de prevenção geral possui uma forma negativa e uma forma positiva. Prevenção geral negativa corresponde à função da pena criminal de provocar a intimidação dos indivíduos pela ameaça da incidência dos aparatos punitivos, desestimulando a prática de delitos. A certeza de que o cometimento de um crime enseja invariavelmente a submissão ao sistema repressivo do Estado, teria o condão de dissuadir as pessoas do intento de praticar delitos.

Para alguns penalistas, essa função não se realizaria, sendo inclusive antidemocrático postulá-la. Dizem os críticos que ninguém deixa de praticar crimes apenas porque sabe que há a possibilidade de ser apenado no futuro. Além disso, defender a função de prevenção geral negativa seria desestimular criminosos potenciais à custa dos criminosos reais, ou seja, aplicar-se-ia uma sanção em alguns para que os demais não viessem a cometer delitos.

Já a forma positiva da prevenção geral, assume duas configurações político-criminais distintas. A primeira delas, segundo Juarez Cirino dos Santos, citando Roxin, seria a de que a pena, uma vez aplicada judicialmente, teria o papel de demonstrar a inviolabilidade do Direito, preservando a confiança na ordem jurídica e reforçando a fidelidade jurídica das pessoas. Isto é, de acordo com essa concepção de prevenção geral positiva, a finalidade da pena seria a de explicitar a incolumidade e imperatividade do ordenamento jurídico, garantindo a adesão do povo a esse sistema normativo¹⁸. A outra concepção de prevenção geral positiva, conforme explica Cirino dos Santos, é estruturada por Jackobs, para o qual a norma jurídico-penal seria o chamado *bem jurídico-penal*, de modo que a função da pena seria somente de demonstrar a validade da norma. Isto é, para o referido autor, quando há uma violação da norma penal, tem-se uma frustração das expectativas normativas. Dessa forma, necessária é a aplicação da sanção penal, como instrumento de reafirmação

¹⁸ ROXIN apud SANTOS, J. C. **Direito Penal. Parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 461.

de tais expectativas normativas. Percebe-se aqui que essa segunda concepção não fundamenta a incidência da pena na necessidade de proteção de bens jurídicos, mas apenas na dita demonstração da validade da norma. Por não ter como referencial, para o exercício do poder de punir, os valores sociais essenciais, entende-se que a tal concepção não é a mais adequada, devendo-se adotar a proposta de Roxin, pois mais consentânea ao Estado Democrático de Direito.

Prevenção especial igualmente possui uma dimensão positiva e uma dimensão negativa. Prevenção especial negativa seria a função da pena de evitar a ocorrência de crimes pela neutralização do infrator. Encarcera-se o delinqüente e com isso garante-se que ele não irá cometer novos crimes. É o papel de *inocuidade do indivíduo* que a pena cumpre dentro da sociedade. Já a prevenção especial positiva revelaria o papel pedagógico e terapêutico da execução da sanção criminal. A dimensão positiva da prevenção especial representa o processo de socialização e readaptação do infrator ao meio social. Essa finalidade seria levada a efeito pelos agentes da execução penal, como sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, que seriam encarregados da tarefa de promover a correção do indivíduo durante sua passagem pelo sistema penal, para conseqüentemente reinseri-lo no grupo social. Seja pela neutralização, seja pela ressocialização do delinqüente, a prevenção especial atua precisamente sobre o autor específico do crime, para que ele não volte a delinqüir.

Por fim, há as teorias unificadas ou unitárias da pena. Essa vertente doutrinária conjuga elementos das duas anteriores correntes de pensamento, postulando que a pena teria um escopo triplo: a) retribuição; b) prevenção geral, em seu aspecto positivo (manutenção da confiança na ordem jurídica) e negativo (intimidação); c) prevenção especial, em sua forma positiva (ressocialização) e negativa (neutralização).

As teorias unitárias ou unificadas da pena, vale dizer, são as que predominam nos diversos ordenamentos jurídico-penais, assim como na jurisprudência e na literatura do Direito Penal. O sistema penal brasileiro, aliás, é um típico exemplo de adoção da idéia da tríplice função da pena. O Código Penal, em seu art. 59, expressamente disciplina que a pena será aplicada e medida “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção*

do crime”. Tal dispositivo revela inequivocamente que a sanção criminal é imposta tanto para impor ao infrator um sofrimento de igual monta ao perpetrado pela conduta delituosa, quanto para evitar que novos crimes aconteçam. Mesmo raciocínio, aliás, está presente no Código Penal alemão, como bem sinaliza Juarez Cirino dos Santos (2006), vez que em seu § 46 coloca a culpabilidade como fundamento da pena (retribuição), a qual seria precisada tanto para atender as exigências da vida futura do infrator (prevenção especial), quanto para cumprir o escopo de defesa da ordem jurídica (prevenção geral), como quer o § 47¹⁹.

Ora, se a maioria das legislações penais consagra as teorias unitárias sobre a pena, inarredável a conclusão de que o paradigma penal clássico tem como traço marcante a adoção de um sistema de penas em que a sanção tem tanto o papel retributivo quanto preventivo. No Direito Penal das sociedades industriais do final do século XX prevalece, portanto, a concepção de pena criminal, na qual a incidência de sanções visa evitar a ocorrência futura de crimes, bem como reprovar um comportamento contrário ao Direito. Em suma, no paradigma penal atual contemplam-se as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial da pena criminal.

Essa tríplice função da pena se concretiza em três diferentes momentos da realização do Direito Penal: 1º) na previsão legal abstrata da pena se realiza a prevenção geral negativa, mediante a ameaça a incidência da pena; 2º) na aplicação judicial da sanção criminal tem lugar a retribuição e a prevenção geral positiva; 3º) na execução penal são levadas a efeito a prevenção especial positiva e a prevenção especial negativa.

Em última análise, pode-se dizer que perante o paradigma penal clássico, a culpa é alçada ao patamar de fundamento da responsabilidade e limite da pena (retribuição). Respeitando-se o patamar máximo fixado pela culpabilidade, a sanção criminal, como sublinha Jorge de Figueiredo Dias (2001), é “determinada no interior de uma moldura de prevenção geral positiva.”²⁰ , E dentro dessa moldura, a medida exata da pena é precisada em função das exigências de prevenção especial positiva, ou seja, de socialização

¹⁹ SANTOS, J. C. **Direito Penal. Parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 463.

²⁰ DIAS, J.F. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 157.

do infrator. São, portanto, prevalentes as teorias unitárias ou unificadas da pena.

2.1.3. Ciência Conjunta do Direito Penal: a Preponderância da Política Criminal.

2.1.3.1 Da Enciclopédia das Ciências Criminais à Ciência Conjunta do Direito Penal.

Não apenas no Direito Penal em sentido estrito, o crime é objeto de estudo. No decorrer do século XIX, inúmeras ciências humanas e sociais assumiram o fenômeno criminal como o foco de seus estudos e análises, cunhando uma ampla gama de saberes cujo traço convergente é a apreensão da *patologia social do delito*. Entre elas, como aponta Jorge de Figueiredo Dias²¹, (2004) tem-se a sociologia criminal, a antropologia criminal, a psicologia criminal, a psiquiatria criminal, a *caracterologia* criminal e a genética criminal.

Progressiva e paulatinamente cada uma dessas áreas do conhecimento galgou sua relevância no estudo do crime, de tal modo que inócuo e contraproducente sagrar-se-ia uma atuação isolada da Ciência Estrita do Direito Penal. Em outras palavras, irrealizável sua incumbência de aplicação do direito se olvidadas as contribuições das demais ciências que ora se levantavam. Aliás, o essencial papel auxiliar que tais ciências prestavam ao direito penal em sentido estrito, levou von Liszt²² a falar numa “enciclopédia das ciências criminais”, buscando designar a totalidade das ciências que tinham o delito por objeto de estudo.

Figueiredo Dias²³ (2004) ensina que até meados do século XIX somente a dogmática do direito penal importava na realização dos comandos normativos

²¹ Idem. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2004, p.17

²² LISZT apud ibidem, p. 19.

²³ Ibidem, p. 18.

da esfera criminal. E como tal, tão somente ela mereceria a devida dedicação e aperfeiçoamento por parte dos juristas. Ora, se a sistematização abstrata de regras jurídicas era a única, a última fonte de juridicidade, apenas ela deveria ser pensada e desenvolvida.

O passar dos tempos, porém, se mostrou indigesto àqueles que, a partir de tal premissa, pretendiam cuidar do problema da criminalidade. Afinal, como efetivamente combater o crescente fenômeno criminal sem o apoio de uma precisa estratégia de atuação que indique o “onde”, o “como” e o “quando” da incidência do ordenamento penal-repressivo? Ainda, como concretizar mecanismos punitivos prescindindo de uma fundamentação teórica e empírica reveladora das causas e níveis do crime, bem como dos efeitos individuais e sociais que a reação estatal traz consigo? Indagações dessa natureza motivaram, mais uma vez, von Liszt²⁴ (2004) a cunhar outra idéia precursora: a idéia da dita Ciência Conjunta do Direito Penal.

Por essa renovada linha de pensamento, a tarefa de aplicação do sistema penal não se canalizaria exclusivamente na dogmática jurídico-penal, mas seria também compartilhada por outras duas áreas do conhecimento criminal: a criminologia e a política criminal.

Pois bem, à criminologia caberia a importante função de destrinchar empiricamente o fenômeno social chamado delito, informando as causas sociais e pessoais da criminalidade e também os impactos que atuação repressiva do Estado assume no bojo do grupo social.

O caminho a ser seguido pelo aparelho punitivo estatal no cumprimento do seu intento de luta contra o crime ficaria a cargo a Política Criminal.

À dogmática jurídico-penal, por sua vez, seria reservado o papel de, numa só palavra, *dizer o direito*, explicitando sistematicamente as normas que moldam o Direito Penal.

2.1.3.2 A Relatividade Histórica das Categorias

²⁴ [op. cit.]

Jorge de Figueiredo Dias²⁵ (2004) lembra que o *status* que cada uma dessas ciências assumiu no contexto da Ciência Conjunta do Direito Penal não foi uniforme no decorrer da história, alterando-se conforme a mutabilidade dos paradigmas ideológicos que presidiram os estudos sobre o crime. Em termos didáticos, pode-se afirmar que há três fases e momentos distintos da Ciência Conjunta do Direito Penal, que se diferenciam pela natureza das relações estabelecidas entre dogmática jurídico-penal, criminologia e política criminal, bem como pela importância e posição ocupada por cada qual.

2.1.3.3 Estado de Direito Formal

A primeira configuração da Ciência Conjunta do Direito Penal foi, naturalmente, trazida por von Liszt, no contexto do dito Estado do Direito Formal. Com a marca incisiva do positivismo jurídico, tal concepção tinha como cerne a premissa de que o direito válido é o direito posto, não havendo normatividade e imperatividade para além do que as regras jurídicas formalmente elaboradas seriam capazes de informar. A lei era, enfim, a fonte e o limite último da juridicidade. De tal pressuposto ideológico não poderia resultar outro entendimento senão o de que a dogmática jurídico-penal ocupava um lugar de drástica soberania em relação à criminologia e à política criminal, sendo verdadeiramente o topo da hierarquia dentro da Ciência Conjunta do Direito Penal. À política criminal, por sua vez, segundo o próprio von Liszt²⁶, (2004) restava o singelo papel de apontar as diretrizes para futuras reformas no sistema penal, ou seja, irrisória era sua participação na aplicação, interpretação e organização da ordem dogmática constituída. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias²⁷ (2004), a política criminal era capaz de atuar exclusivamente no plano do *iure constituendo*, mas nunca no do *iure constituto*. Em resumo, a política criminal, inexoravelmente subordinada aos parâmetros legais colocados pela vontade do legislador, nada mais era do que mera ciência auxiliar do direito penal em sentido estrito.

²⁵ Ibidem, p.20.

²⁶ [op. cit] p. 21.

²⁷ Ibidem.

2.1.3.4 Sociologismo Jurídico

A segunda forma como a Ciência Conjunta do Direito Penal se apresentou foi aquela que se delineou perante o chamado *sociologismo* jurídico. De um apego irrestrito à legalidade passou-se à busca incondicional da promoção do equilíbrio e da harmonia do sistema social, cuja consequência foi a mutação da interação entre dogmática jurídico-penal, criminologia e política criminal. Aliás, de interação caminhou-se para distanciamento, oposição. Cada qual dessas ciências passou a ter uma conexão direta e independente com o próprio sistema social, o qual substituiu a Ciência Conjunta do Direito Penal na função de integração dessas três ciências que dela fazem parte. Se antes havia uma cooperação mútua entre os três ramos, – que se denota inclusive do fato da dogmática jurídico-penal definir o objeto da política criminal – perante o *sociologismo* jurídico eles se autonomizam consideravelmente, quebrando-se a possibilidade de profícuos diálogos entre essas áreas. Por estarem ligados ao sistema social, e em razão da salvaguarda desse ser o escopo primordial, a criminologia e a política criminal têm seu objeto determinado no contexto das exigências do próprio sistema social, afastando-se do direito penal em sentido estrito, para o qual, segundos dizeres de Jorge de Figueiredo Dias²⁸,(2004) verdadeiramente voltaram as costas. O inevitável problema de tal pensamento é, em certa medida, previsível: se houver embate e afrontamento entre as proposições legais e as propostas político-criminais, essas sempre cederiam, fato que conduz, assim como na concepção positivista, ao caráter meramente auxiliar e acessório da política criminal.

2.1.3.5 Estado de Direito Material

²⁸ Ibidem, p.23.

A mais importante formulação da Ciência Conjunta do Direito Penal, todavia, é a que se põe no contexto daquele que se convencionou chamar de Estado de Direito Material.

A postura do jurista, nesse momento, sofre uma importante reviravolta, aproximando-o como sujeito dos problemas que lhe são postos. De simples fazedor de silogismos capazes de fria e mecanicamente encontrar caminhos a partir da letra da lei, o jurista passa a ser incumbido da irrecusável missão de, dentro dos parâmetros do direito válido, alcançar a solução mais justa para cada caso concreto.

Ao lado dessa mudança de perspectiva, e dela indissociável, vem a modificação da própria lógica do sistema penal. Explica-se: o conteúdo da disciplina jurídica da dogmática penal é como diz, Figueiredo Dias, “previamente dada a partir de princípios e estruturas de desenvolvimento ôntico, através da natureza da coisa”, de modo que se pode dizer que “a dogmática jurídico penal deve-se considerar pré-determinada pela estrutura ontológica – melhor se diria ôntica ou lógico material – dos conceitos que utiliza.”²⁹ Esses dados da realidade que fundamentam a regulamentação jurídica feita pelo direito penal em sentido estrito, revelam e apontam, porém, diversos caminhos de juridicidade, dentre os quais apenas um ou alguns devem ser escolhidos pelo jurista para a solução do caso concreto. E aqui, vale dizer, encontra-se a pedra angular desse renovado sistema penal: o jurista, sempre orientado pelo intento de alcançar justiça na solução dos problemas da realidade, autonomamente efetuará a valoração dos dados *apriorísticos*, com a finalidade de escolher o melhor sentido dentre os que se põem.

Nesse ponto, porém, outra questão crucial se levanta: qual o critério de valoração a ser adotado por esse jurista? Resposta: a valoração será feita com base nas proposições da política criminal, cuja participação na aplicação do direito penal promove uma penetração axiológica dos problemas jurídico-penais. É a política criminal que, informando as finalidades e objetivos da persecução penal, revela os critérios por meio dos quais o jurista determinará a solução mais justa aos casos levados à sua apreciação.

²⁹ Ibidem, p.26-27.

Em suma, o sistema penal que se desenrola perante o Estado de Direito Material é marcado pela proximidade e até preponderância do pensamento do problema sobre o pensamento do sistema, no sentido de que seu escopo principal é o acerto justo dos problemas concretos. Obviamente, essa busca por justiça não se faz à revelia da ordem de regras formalmente posta. Pelo contrário, as soluções são galgadas dentro daquilo que é juridicamente válido, nunca olvidando a importância da segurança que a fidelidade ao sistema fornece. Essa alteração na lógica do sistema, por sua vez, obriga o jurista a deixar o seu antigo posto de operador mecânico de normas para ocupar o vital papel de valorar no caso concreto aquilo que é mais justo ou não. E o faz, vale dizer, com base nos ditames da política criminal, a qual determina verdadeiramente as finalidades do sistema penal.

Percebe-se aqui, que nesse estágio evolutivo da Ciência Conjunta do Direito Penal, a política criminal tem uma função importantíssima, como, aliás, nunca teve antes. Abre-se espaço para incidência dos princípios político-criminais na aplicação, compreensão e constituição do direito penal, de tal maneira que se pode dizer que a política criminal assume um posto de preponderância no contexto da Ciência Conjunta do Direito Penal. Não é mais meramente auxiliar da dogmática, influenciando somente em eventuais reformas sistemáticas, mas sim definidora das finalidades a serem perseguidas por esse sistema. Como resultado, tem-se um sistema dito por Figueiredo Dias³⁰ (2004). teleológico-funcional e teleológico-racional, cujo *télos* e *ratio* são moldados pela política criminal. E diga-se, é justamente essa concepção de Ciência Conjunta do Direito Penal e, por conseqüência, de política criminal que estão presentes no dito Paradigma Penal Clássico. Um de seus traços característicos é, portanto, a essencialidade da política criminal no exercício da atividade repressivo-punitiva do Estado.

Pois bem, mas como a política criminal exerce efetivamente essa supremacia? Ela o faz de duas formas. Em primeiro lugar, ao invés de somente influenciar a elaboração dos conceitos e categorias da ciência criminal, ela verdadeiramente os determina, sempre em atenção às finalidades axiologicamente postas para o sistema. Em segundo lugar, a política criminal fixa os limites da punibilidade, de modo que só é justificada a intervenção penal

³⁰ Ibidem, p. 29.

se as orientações político-criminais assim indicarem como necessário, útil e adequado. Enfim, pensando um sistema penal funcionalmente orientado pelos dizeres da política criminal, nada mais coerente que os diversos conceitos e também a própria realização do esquema repressivo se ponham em consonância com a axiologia político-criminal.

Como bem sublinha Nilo Batista

do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas de direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações que para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados da sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se Política Criminal (2002, p.34).³¹

É nesses termos, portanto, que deve ser compreendida a Ciência Conjunta do Direito Penal perante o ora estudado Paradigma Penal Clássico.

3 PARTE II

3.1 Apontamentos Iniciais

Paulo, engenheiro químico, pai de três filhos, acorda religiosamente às sete horas da manhã, todos os dias. Ao escutar o implacável som do despertador, dirige-se diretamente ao banheiro, onde toma um longo e demorado banho. Por óbvias razões de higiene, nunca se esquece do imprescindível uso do desodorante aerossol, que em sua opinião garante-lhe uma boa aparência e postura em seu ambiente de trabalho.

O café da manhã é o passo seguinte na rotina de Paulo no princípio do dia. Uma generosa tigela de cereais vitaminados e algumas vistosas e robustas frutas formam o cardápio do engenheiro que encara, em média, uma jornada de dez horas diárias na indústria petrolífera onde trabalha.

Estando toda a família devidamente alimentada, é hora de levar as crianças à escola. Assim, a bordo de sua reluzente *Pick-up* preta, motor a

³¹ BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001

Diesel, Paulo conduz seus filhos ao colégio e segue em diante para mais um dia de labuta.

Pois bem, há algo de errado ou reprovável no comportamento diário de Paulo? Há algum potencial dano nas condutas do engenheiro? A resposta que qualquer pessoa seria tentada a dar seria logicamente a negativa. Afinal, comer uma fruta e tomar um simples banho são ações plenamente conformes à moral, aos bons costumes e ao próprio Direito. São condutas freqüentes, corriqueiras e que, de tão arraigadas aos hábitos das pessoas comuns, não seriam acometidas pela censurabilidade. Seriam então meramente comportamentos normais, usuais, rotineiros. E como tais, socialmente aceitos.

Enquanto, porém, o senso comum atribui irrelevância completa aos comportamentos como os de Paulo, a sociologia e as diversas ciências naturais, atualmente, apontam em sentido oposto, atribuindo sim importância a certas ações, que apenas aparentemente são inócuas e insignificantes. Ações que, apesar da habitualidade com que são realizadas e da veste de normalidade que possuem, escondem um significativo potencial lesivo. Ações que trazem consigo a efetiva possibilidade de causar danos de grande monta, capazes de alcançar não apenas um, mas vários indivíduos indistintamente. E desvendar e revelar essa aptidão destrutiva de condutas ditas normais, bem como encontrar os meios de sua contenção, têm sido um dos grandes focos das ciências culturais e naturais na contemporaneidade. A preocupação com as conseqüências danosas de comportamentos típicos da sociedade pós-industrial ocupa, vale dizer, largo espaço nos debates públicos que, antes de qualquer coisa, buscam resguardar a incolumidade tanto das gerações presentes, quanto futuras.

A rotina de Paulo, que a princípio seria apenas uma reiteração inofensiva de atos de um homem mediano, é um preciso exemplo de comportamento que guarda em si a aptidão para provocar danos ao grupo social como um todo. Em verdade, as ações de Paulo, se tomadas isoladamente, nenhum risco ensejarão. Seu potencial catastrófico advém do agrupamento com outros comportamentos idênticos. São, em última análise, comportamentos insignificantes na sua individualidade, mas perigosos se considerados com os demais de sua espécie.

O banho longo e demorado de Paulo resulta em um gasto altíssimo de água. O que será da água do planeta Terra, se todas as pessoas se derem o luxo de tomar banhos extensos, como o de Paulo? Certamente, sofreremos com a escassez de água num futuro não muito distante, restando as gerações subseqüentes privadas de um uso abundante (ou até mínimo) desse elemento indispensável à vida humana.

E o que dizer da utilização diária do desodorante aerossol? Notória é a comprovação científica da nocividade desses produtos para a camada de ozônio, cujo buraco aumenta suas proporções em uma velocidade assustadora.

A alimentação de Paulo também abarca condutas marcadas por periculosidade. Cereais de alto valor nutritivo e frutas e vegetais incrivelmente saudáveis não raro são conseqüência dos avançados processos de engenharia genética. Esses trabalhos científicos que, com base em operações genéticas, buscam aumentar a qualidade e durabilidade de alimentos, já trouxeram incalculáveis benefícios ao consumidor, abrindo portas ao permanente desenvolvimento de alimentos cada vez melhores. Porém, o que não se sabe é se essa empreitada, que no presente nos está sendo providencial, ensejará algum tipo de incontornável problema, como, por exemplo, doenças graves resultantes da reiterada ingestão de alimentos geneticamente modificados. Isto é, se por um lado consumir os chamados transgênicos nos traz uma satisfação imediata, por outro, o seu consumo crescente impulsiona paulatinamente os trabalhos de engenharia genética, cujos eventuais malefícios podem nos aguardar em um futuro próximo.

Digna de menção também é a utilização por parte de Paulo de sua *Pick-up* movida a Diesel, que sensivelmente agrava o problema da poluição do ar, problema que assola o mundo como um todo e que, frente à intensificação da atividade industrial, não vislumbra possibilidade de cura, mas somente de agravamento.

Enfim, o comportamento de Paulo revela a tônica da sociedade nesse início de século XXI. Uma sociedade marcada por riscos globais, que atingem a todos, sem respeitar fronteira alguma, sendo tais riscos invisíveis, imprevisíveis e resultantes de condutas irrelevantes no seu particular, mas de grande poder nocivo se colocadas em conjunto com outras da mesma modalidade. Trata-se

de uma sociedade extremamente industrializada, massificada e tecnologizada, que produz riscos de proporções gigantescas, mas que progressivamente vem despertando *para* e refletindo *sobre* seu potencial auto-destrutivo. É a sociedade chamada por Ulrich Beck (1997) de Sociedade do Risco³².

³²BECK, U. A Reinvenção Da Política: Rumo A Uma Teoria Da Modernização Reflexiva. In: GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

3.2 A Sociedade do Risco e suas Características

3.2.1 Primeira Modernidade x Segunda Modernidade

Ulrich Beck, (2000) em seu livro *Sociedade do Risco*, fala em primeira e segunda modernidade³³.

Primeira Modernidade, também chamada de modernidade simples ou linear, construiu-se na sociedade europeia por meio de várias revoluções políticas e industriais que se desenrolaram a partir do século XVIII. Marcada por intensa industrialização e desenfreada busca por avanço tecnológico, a primeira modernidade tem como principal traço característico a supervalorização da razão técnico-instrumental. Acreditava-se piamente que o homem, sua racionalidade e seu conhecimento poderiam conduzir a construção de um mundo ideal, cercado de progresso, riqueza e tecnologia. Nessa esteira, a razão humana foi posta a serviço da técnica, procurando permanentemente desenvolvê-la e aperfeiçoá-la. Na Modernidade Simples, portanto, esculpiu-se um sujeito crente que sua razão poderia conduzi-lo a qualquer lugar e gerar cada vez mais desenvolvimento, seja tecnológico, seja industrial³⁴. Fábio Roberto D'Ávila descrevendo com destreza a Primeira Modernidade diz que

[...] diversamente da cosmovisão medieval que, fundada nas concepções de estratificação, esfericidade e finitude, encontrou seu fim na aurora da racionalidade, no denominado paradigma da razão, a modernidade parece ter encontrado seu fim, paradoxalmente, em si mesma. Aficionada pelo imaginário de um mundo perfeito e ordenado, como um imenso mecanismo em que tudo tem o seu lugar e a sua função, a modernidade acreditava ser capaz de desvendar as premissas dessa suposta lógica, para, então, dominá-la. Afinal, se de

³³ BECK, U.; ZOLO, D. A Sociedade Global do Risco. **Universidade Federal de Santa Catarina- Departamento de Filosofia.** Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/filosofia/graduacao/>>. Acesso em: 05/07/2008.

³⁴BECK, U. **La Sociedad Del Riesgo: Hacia Una Nueva Modernidad.** Barcelona: Paidós, 1998, p.12.

fato houvesse ordem haveria necessariamente leis para regê-la , e o seu conhecimento apresentar-se-ia como a ambicionada chave desse grandioso mecanismo. Como fruto deste pensar, desenvolveu-se a idéia de uma razão técnico-instrumental, voltada para o domínio da natureza; ou, na expressão de Bacon, a pessoa humana como 'senhor e possuidor da natureza', o que, indubitavelmente levou a um progresso incomensurável da técnica. A incessante e desenfreada busca pelo aperfeiçoamento e incremento da tecnologia, bem como das técnicas e métodos da produção industrial, fez com que na Modernidade Linear, além da produção industrial e tecnológica propriamente ditas, se produzisse também riscos para a sociedade. Todavia, nesse momento, essa produção de riscos não era acompanhada de reflexões acerca das razões de tais riscos. Nem mesmo se cuidava da estruturação de caminhos e soluções para tais riscos que emergiam do andar da carruagem industrial e capitalista. Em suma, os efeitos colaterais da lógica produtiva do capitalismo não era a grande preocupação do homem na Primeira Modernidade. (2004, p. 02)³⁵

Essa configuração social e paradigmática da Primeira Modernidade começa a modificar-se, por outro lado, quando os perigos da sociedade industrial passam a dominar os debates políticos, tornando-se o centro das reflexões de cientistas de diversas áreas do conhecimento. Assunções fundamentais, antinomias e insuficiências da Primeira Modernidade são postas em questão, tornando-se objeto de reflexão. Os malefícios e conseqüências nocivas da incisiva atividade industrial e do desenvolvimento da tecnologia são não só constatados pelo sujeito, como também por ele analisados e repensados, com o intuito de contorná-los e saná-los. O homem, portanto, passa a dar-se conta da falibilidade da sua razão e de sua conseqüente impossibilidade de dominar a natureza e o mundo em geral.

Fábio Roberto D'Ávila, citando Ulrich Beck³⁶, fala dessa ruptura paradigmática, ressaltando a referida mudança de postura do homem. Diz ele que

[...] o risco, testemunhado por Ulrich Beck, parece ter defraudado as expectativas de inúmeros cientistas, que, aguardando o fim da Modernidade em guerras, revoluções ou outro evento qualquer de profundo impacto social, foram surpreendidos pelo invisível, pelo inesperado, que, silenciosamente, transformou o próprio êxito da ciência, estampado no progresso tecnológico, no mais implacável dos seus inimigos [...] (2004, p. 04).

³⁵ BECK, U. **La Sociedad Del Riesgo: Hacia Una Nueva Modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

³⁶ BECK apud D'AVILA, F.R. A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco). **Mundo Jurídico**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70> Acesso em 15/01/2008.

Ocorre, por conseguinte, uma exaustão e um esgotamento da razão técnico-instrumental, de modo que a racionalidade humana, que deveria servir apenas ao progresso, acaba servindo de fonte geradora de riscos para própria vida humana.

Pois bem, Ulrich Beck chama esse estágio da Modernidade, onde se opera a relativização da razão técnico-instrumental, bem com a reflexão sobre os riscos de escala global perpetrados pela produção industrial e pelo avanço tecnológico, de Segunda Modernidade ou Modernidade Reflexiva. E é sob a égide dessa Modernidade Reflexiva que se estrutura e se constrói a Sociedade do Risco.

3.2.2 Os Riscos Do Século XXI

No âmbito da Modernidade Reflexiva emerge a Sociedade do Risco. À medida que os efeitos danosos da produção industrial típica da Primeira Modernidade passam a permear as discussões e debates na esfera pública e privada, edifica-se a Sociedade do Risco, em substituição à Sociedade Industrial. Nessa transição, pensadores e cientistas em geral dão-se conta que todo o avanço tecnológico e a atividade produtivo-capitalista, ao invés de apenas concorrer para o progresso e desenvolvimento social e econômico, também, e principalmente, contribuem para o surgimento de alarmantes riscos sociais.

Ora, o que são esses riscos contemporâneos? Quais são as características e traços distintivos desses riscos que, de tão relevantes para a existência humana, paradigmaticamente rotularam a sociedade de seu tempo de Sociedade do Risco? Para responder essas indagações, oportuno um breve esboço histórico.

Pablo Rodrigo Aflen da Silva explica que na sociedade liberal do século XIX, risco era tão somente um acontecimento acidental, imprevisto, externo. Não decorria, portanto, das decisões ou iniciativas do homem, sendo um acaso

que repentinamente sobrevinha, afetando de forma individual os membros do grupo social. Em um segundo momento, como sublinha o autor,

[...]surge a emergência da noção de prevenção- entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável). A utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: 'prevenção de doenças', prevenção da miséria e da insegurança social'. Nesta etapa, o risco passa a não depender mais da categoria dos golpes do destino e assume a figura do acontecimento estatístico objetivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos[...]³⁷ (,2004, p.76)

O terceiro estágio de configuração social do risco é o que presenciamos hodiernamente. O estágio em que o dano apresenta-se como produto incontrolável e imprevisível da própria atuação do homem, especialmente na esfera da atividade industrial e tecnológica.

O risco que hoje se põe não é mais uma ameaça meramente individual, respeitante a um número reduzido e preciso de pessoas. Ele é, ao contrário, global, planetário, universal. Se a globalização promoveu, no limiar do século XXI, o estreitamento das relações entre os povos, garantindo a integração político-econômico-social, ela também contribuiu para a derrubada das fronteiras que asseguravam a territorialidade de certos riscos. Atualmente, impactos econômicos verificados em um país da Europa, são igualmente sentidos em outras partes do mundo, como EUA e países da América do Sul. Crimes econômicos, por seu turno, como os grandes desfalques em companhias, são cometidos, na imensa maioria dos casos, por grandes organizações criminosas que de longe não tem seu campo de atuação adstrito a um ou outro Estado. Trata-se de verdadeiras *empresas multinacionais do crime*. E o que falar das ameaças ambientais? Poluição do ar, contaminação dos mares, buraco na camada de ozônio, são problemas que atingem indistintamente todos os seres humanos do globo. Grande quantidade de poluentes lançados na atmosfera por regiões altamente industrializadas espalham seus efeitos nocivos às outras áreas do mundo, que, como um todo,

³⁷ SILVA, P.R.A. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12. nº 46, janeiro-fevereiro, 2004.

vê-se atormentado pela progressiva destruição do meio-ambiente. Derramamentos de óleo nos oceanos, por sua vez, guardam também um potencial catastrófico, já que localizados vazamentos desequilibram e comprometem a flora e a fauna, ou seja, o estado normal dos mares, prejuízo esse que é arcado pelo grupo social como um todo. A formação do buraco na camada de ozônio também não foge dessa lógica, pois num futuro não distante, todos nós sofreremos com a exagerada e intolerável exposição aos raios solares.

Enfim, enquanto na Primeira Modernidade as relações e redes sociais eram entendidas em sentido essencialmente territorial, na Sociedade do Risco a globalização das interações sociais é a tônica, de modo que os riscos não são para um, mas para todos. O fenômeno da globalização, portanto, assume papel fundamental na construção do que Beck chamou de Sociedade do Risco, uma vez que a aproximação dos entes da comunidade internacional consagra-se como etapa importantíssima na formação daquilo que é a principal característica dos riscos contemporâneos: a globalidade da sua ameaça e extraterritorialidade de sua incidência.³⁸

E onde estaria a fonte e a gênese dessas gigantescas ameaças contemporâneas? Ulrich Beck atribui esse novo desenho social à “sobreprodução industrial”. O próprio andamento da produção industrial capitalista enseja a criação dos riscos globais que permeiam o início do século XXI. A lógica capitalista de produção, sempre voltada para o incremento tecnológico de seus métodos e orientada pela busca incessante por lucro, desencadeia o aparecimento de riscos de proporções grandiosas. Em suma, se riquezas são produzidas em massa e em larga escala, os riscos que as acompanham também o são. A título de exemplo, nenhuma circunstância concorre tão ferozmente para a poluição do ar quanto o funcionamento a todo vapor das grandes indústrias³⁹.

Percebe-se, portanto, que o tão almejado progresso perscrutado na Primeira Modernidade converteu-se num cenário de medo e insegurança, cunhado pelos grandes riscos e decorrente da exaustão da técnica e da razão

³⁸ BECK, U. **La Sociedad Del Riesgo: Hacia Una Nueva Modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998, p. 27.

³⁹ Ibidem, p.28.

técnico-instrumental. Se antes se acreditava que a funcionalização da racionalidade humana poderia gerar somente desenvolvimento social, hoje se tem a plena consciência que o exercício exacerbado dessa razão é o grande responsável pelos males contemporâneos.

Riscos sempre existiram. A idéia de risco não brotou na contemporaneidade. Porém, o risco da forma como se apresenta hoje é uma peculiaridade dos presentes dias. E isso pela já mencionada globalidade de sua ameaça e também pela especialidade de sua causa, a qual é justamente a produção industrial capitalista. Percebe-se, portanto, que os riscos com os quais convivemos atualmente não são meros acidentes ou acasos da natureza, mas sim ameaças determinadas pela decisão do homem. As opções e iniciativas do homem, fundadas na análise das vantagens e desvantagens econômicas e sociais, ensejam a criação dos riscos. Numa só palavra, a decisão humana é o pressuposto dos mega-riscos contemporâneos, conforme defende Niklas Luhmann⁴⁰, citado por Pablo Rodrigo Aflen da Silva

Os riscos de que aqui tratamos guardam também outras características que os distinguem. Além de globais, são, na maioria das vezes, imprevisíveis e, conseqüentemente, incontroláveis. E isso em razão do prolongamento temporal de seus efeitos, que não são sentidos imediatamente. Aliás, o momento da concretização desses efeitos e a magnitude com a qual se revelarão são dados inalcançáveis. Tomemos como exemplo a manipulação genética de alimentos: não é possível precisar quais os problemas que trará para a saúde do homem e nem quando exatamente ocorrerão.

A aludida globalidade da ameaça implica também a indeterminação das vítimas dos riscos e até de seus próprios autores. Não há como indicar quem é o específico causador da formação do buraco na camada de ozônio, uma vez que todos indistintamente, por seus rotineiros hábitos – como o uso de desodorante aerosol – podem concorrer para sua formação. Analogamente, impossível se apontar uma única ou exclusiva vítima desses riscos. A sociedade por completo arca com os males da contemporaneidade, configurando uma verdadeira sociedade de sujeitos passivos.

⁴⁰ LUHMANN apud SILVA, P.R.A. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12. nº 46, janeiro-fevereiro, 2004.

A invisibilidade é, segundo Flávia Goulart Pereira (2004), outra qualidade dos riscos globais. Com isso a autora quer significar que tais riscos não são facilmente perceptíveis e aferíveis, de modo que “[...] para localizá-los é necessário que sejam feitas interpretações causais[...]”⁴¹. A constatação desses riscos geralmente exige apoio da ciência e de seus específicos métodos de cognição da realidade..

Seguindo essa mesma linha de pensamento e concatenando o acima exposto, Jorge de Figueiredo Dias, sublinha que a idéia de risco global determinado por decisões humanas sinaliza o fim da sociedade industrial e sua

substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela suscetível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal; suscetíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.(2001, p. 158).

3.2.3 A Sociedade da Insegurança

Já dissemos que riscos sempre existiram. Não é peculiaridade da sociedade contemporânea a submissão a possibilidades de danos e prejuízos. Porém, em nenhum momento da história o homem reagiu aos riscos com tamanha insegurança e medo.

Conforme bem lembra Paulo Silva Fernandes,

[...] o amanhecer médio de um qualquer cidadão avisado e suficientemente preocupado com a sua saúde e a do planeta, é qualquer coisa como um misto de cuidados múltiplos consubstanciados em questões como se poderá, com segurança, beber a água que corre pelas suas torneiras, comer a carne, o peixe, as manteigas, o pão, respirar o ar, olhar o Sol, sair à noite, viajar, confiar nos políticos, na sua televisão ou mesmo no vizinho ao lado, ou se, pelo contrário, deverá evitar essa miríade de possíveis e multifacetadas contaminações, fugindo para um qualquer paraíso, que contudo já não existe, visto que a poluição, as radiações e a

⁴¹PEREIRA, F.G. Os Crimes Econômicos na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 51, novembro-dezembro, 2004, p.112.

televisão – para nos ficarmos por aqui – não respeitam quaisquer fronteiras ou culturas, credos ou convicções políticas[...]”⁴² (2001, p. 43-44).

A formação desse cenário de permanente medo dos riscos que enfrentamos na virada de século pode em muito ser atribuída à atuação da mídia. Em busca constante por altos e rentáveis índices de audiência, meios de comunicação diversos – sejam eles televisivos, jornalísticos ou virtuais – transmitem os acontecimentos diários de forma dramatizada, intensificada, romantizada e repetida. Logo, os eventos que se sucedem não raro parecem muito mais graves e relevantes do que realmente são. Por outro lado, a velocidade com que as informações são repassadas aos seus destinatários traz todos os fatos, por mais longínquos que sejam, para muito próximo das pessoas. Ou seja, se um crime brutal é cometido em uma pequena cidade do Pará, não só os habitantes dessa localidade sentirão intensamente a repercussão do delito, mas todas as pessoas do país, às quais esse fato será trazido imediatamente e com dimensões extremamente ampliadas. Da mesma forma, se um furacão devassa uma região de outro país, não apenas os fisicamente atingidos pela catástrofe se amedrontarão, mas todas as pessoas do globo terrestre, que serão reiteradamente bombardeadas por um turbilhão de informações distorcidas, que nem sempre retratam a realidade com plena fidelidade.

Essa postura sensacionalista da mídia não poderia trazer outro resultado que não o incremento e potencialização do medo e da insegurança das pessoas. Acuadas por uma suposta onda de catástrofes e mazelas que lhes são repassadas em proporções estratosféricas, as pessoas vêem-se entrincheiradas em seus diminutos redutos de proteção e tranquilidade. Afinal, pela ação dos meios de comunicação, todos se sentem inexoravelmente circundados por tragédias inevitáveis e desgraças incontornáveis.

O medo e a insegurança generalizadamente incrustados na sociedade contemporânea acarretam efeitos funestos ao Direito, especialmente o Direito Penal. Inseguro em relação à vida social, o homem passa a clamar por uma resposta estatal capaz de conter veementemente os riscos globais que tanto

⁴² FERNANDES, P.S. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001

lhes atemorizam. E o recrudescimento do Direito Penal lhes parece ser o caminho mais fácil e eficiente para cumprir a contento essa proteção contra as ameaças da contemporaneidade. Assim, uma progressiva demanda por repressão penal mais intensa e drástica se põe na atualidade, fato que desencadeia uma transformação assistemática do ordenamento jurídico-penal, que antes de proteger essenciais bens jurídicos, desanda para uma funcionalizada e simbólica afirmação das expectativas populares.

3.2.4 Os crimes na Sociedade do Risco

A Sociedade do Risco é marcada pelo desenrolar da Globalização, a qual é responsável pelo encurtamento das distâncias entre os diferentes povos. Os limites políticos, culturais e econômicos entre os países ficam progressivamente mais tênues, garantindo um intercâmbio de pessoas, bens e informações cada vez mais intenso.

Se por um lado, entretanto, a Globalização das relações humanas viabiliza a proximidade cultural, econômica e política de regiões geograficamente distantes, por outro, semeia o terreno para o desenvolvimento e proliferação de crimes econômicos cometidos em escala global. Na atualidade, com o fim último de obter exorbitantes índices de lucro, práticas delituosas levadas a efeito por aparelhadas e bem estruturadas organizações criminosas, pulverizam sua esfera de atuação por todo o planeta. Em verdade, chega-se ao ponto de sociedades serem criadas precisamente para a realização de crimes, lesando não só o bem jurídico patrimônio, mas também a ordem tributária, econômica e o meio-ambiente.

Ao mesmo tempo em que garantiram o aperfeiçoamento da produção industrial e trouxeram, conseqüentemente, certas melhorias para a qualidade de vida das pessoas, o avanço tecnológico e a mecanização possibilitaram aos agentes do crime a projeção de novas formas e métodos de delinqüir. A internet, por exemplo, opera uma veloz transmissão de informação, facilitando a comunicação dos integrantes de uma organização criminosa durante a

preparação e execução de um crime. Isto é, as novas técnicas e inovações tecnológicas de que o ser humano dispõe no início do século XXI possibilitou uma remodelagem da atividade delituosa e uma reconfiguração da figura do criminoso. Enquanto no passado os crimes eram praticados apenas por um indivíduo isolado ou então por algumas poucas pessoas reunidas com baixo nível de ordenação, na atualidade, os crimes – especialmente os econômicos – podem ser cometidos por grandes organizações, as quais, com sofisticados métodos e técnicas de ação, perpetram condutas delituosas cujos efeitos não se limitam a uma única região ou destinatário, mas se alastram a um vasto número de vítimas distribuídas pelos quatro cantos do mundo.

A criminalidade organizada, portanto, é a configuração, o perfil contemporâneo da criminalidade. É, aliás, um dos desdobramentos da Sociedade do Risco. Sinteticamente, podemos elencar as principais características do crime organizado. São elas:

a) Elevado nível de organização estrutural do ente criminoso. As organizações criminosas são verdadeiras empresas delinqüentes, rigorosamente hierarquizadas e fundadas na sistemática divisão interna de funções;

b) Utilização de avançados e sofisticados métodos e técnicas de atuação. A tecnologia, especialmente na área da informática, possibilita ao agente enveredar por caminhos que não poderiam ser desbravados décadas atrás. Hoje, é possível, com até certa facilidade, invadir contas bancárias e efetuar desvios, destruir dados bancários sigilosos, adulterar informações societárias;

c) Globalidade da incidência da conduta delituosa. As organizações criminosas não se limitam a atuar em apenas um ou outro país ou região. Suas atividades se difundem pelo globo, consolidando a *transnacionalidade* de sua atividade;

d) Maior ocorrência de crimes cuja realização enseja vantagens econômico-financeiras. Em busca de cada vez mais lucros as “empresas do crime” dedicam-se, na maioria dos casos, a crimes econômicos. A criminalidade que chamamos de comum, como homicídio e outros crimes violentos, tem espaço apenas como forma de assegurar a perfeita realização e

conclusão dos crimes de alta lucratividade. Enquanto esses são os principais, aqueles são meramente acessórios, ou seja, são *meios* e não *fins*;

e) Facilitação do cometimento dos crimes pela associação com entes do Poder Público. Seja pela intimidação violenta, ou pela concessão de favores, como o suborno, os grandes criminosos conquistam a assistência e apoio de pessoas que possuem livre trânsito nas instâncias fiscalizadoras de operações financeiras, previdenciárias, tributárias. E o resultado dessa *pactuação* é providencial para o criminoso, mas nefasto para a sociedade em geral: há um afrouxamento e flexibilização seletivos na fiscalização econômico-financeira, que invariavelmente abre largos precedentes para desvios de verbas públicas, sonegação fiscal e fraudes à Previdência Social.

Flávio Augusto Maretti Siqueira (2003), citando Rodney da Silva⁴³, ao estudar a criminalidade organizada, classifica-a em quatro grandes modalidades, conforme a feição e perfil do autor de delito. São essas modalidades:

1) Crimes cometidos pelos *grupos mafiosos*. Pautados por uma imensa gama de diferentes atividades e empresarialmente hierarquizados, tais grupos, valendo-se da corrupção e regidos por normas internas, cometem crimes econômicos de grande potencial lucrativo.

2) Crimes cometidos por *profissionais do crime*. Trata-se de pessoas especializadas em específicos delitos, as quais, mediante apurada técnica, dedicam-se especialmente a crimes economicamente vantajosos, como extorsões, contrabando, roubo de cargas.

3) Crimes cometidos por *membros do quadro de funcionários do Poder Público*. Delitos como desvio de verbas são muitas vezes não só facilitados com efetivamente realizados por pessoas integrantes da Administração Pública.

4) Crimes cometidos pelos *criminosos do colarinho branco*, nos termos dos estudos desenvolvidos por Edwin Sutherland.

⁴³ SILVA apud SIQUEIRA, F.A.M.A Tutela Penal dos Interesses Difusos na Sociedade de Risco. **Jus Navigandi**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4034>> Acesso em 15/01/ 2008.

3.2.4.1 Sutherland e a Teoria do *WHITE COLLAR CRIME*

O perfil criminológico da delinquência econômica começou a ser delineado por Edwin Sutherland a partir do advento de sua *teoria da associação diferencial*.

Insatisfeito com as tradicionais explicações criminológicas baseadas em causas sociais, econômicas, psicológicas e biológicas da criminalidade, Sutherland (1940) cunhou outro caminho explicativo do fenômeno criminal⁴⁴. Segundo seus estudos, o cometimento de um crime seria a materialização de valores negativos outrora internalizados. Quer-se com isso dizer que tanto a iniciativa de realizar condutas delituosas, bem como a aptidão técnica para sua efetivação, são frutos de uma aprendizagem social, resultados da interação do autor do delito com outros indivíduos de um específico núcleo social⁴⁵

Todos os grupos de pessoas são formados em torno de objetivos comuns, isto é, a aglutinação coesa de pessoas tem como pressuposto a consecução de fins comuns. Os membros de uma religião, por exemplo, reúnem-se porque comungam da mesma crença. Logo, reúnem-se para celebrar essa crença, realizando os dogmas inerentes à ideologia que praticam. Grupos *neonazistas*, por sua vez, são formados por pessoas que acreditam na legitimidade dos ditames de cunho racista e discriminatório do nazismo, unindo-se em prol da divulgação de seus ideais.

Nota-se então que da existência de objetivos comuns, nasce uma ordem axiológica que orienta a persecução de tais fins. Valores adjacentes aos fins emergem e acabam sendo assumidos por aqueles que integram o grupo. Os indivíduos que praticam uma dada religião, com o exercício dos preceitos normativos e a convivência com os demais da comunidade religiosa, acabam incorporando os valores que regem o exercício de tal crença. Da mesma forma,

⁴⁴SUTHERLAND, E.H. A Criminalidade do Colarinho Branco. **American Sociological Review**. Indiana University. Número 1. Volume 5. Fevereiro, 1940.

⁴⁵ Idem apud PEREIRA, F.G. Os Crimes Econômicos na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 51, novembro-dezembro, 2004, p. 117-118.

as pessoas que se relacionam com *neonazistas*, com eles constituindo um núcleo social, passam progressivamente a ter como diretriz de pensamento e comportamento os valores característicos da doutrina nazista.

Ora, esse raciocínio é justamente o utilizado por Edwin Sutherland para explicar a origem e a razão do cometimento de crimes dentro da sociedade. Diz o autor que se um indivíduo, ao se relacionar no ambiente social como parte integrante de um determinado grupo, vier a ter contato mais intenso e profícuo com valores favoráveis à realização de crimes, ele passaria a delinquir. Em diversos grupos sociais ocorre a realização de modelos de ação criminosa. Assim, a partir do momento em que a pessoa tem contato com os integrantes de tais grupos, bem como com os valores criminogênicos que pautam suas ações, ocorreria sua conversão em criminoso. Ânimo de delinquir e técnica de delinquir são aprendidos pelos contatos diferenciais.

O estudo do crime do colarinho branco segue essa lógica explicativa. Sutherland define o que seja esse crime com base nas características específicas do agente. O criminoso do colarinho branco seria então alguém que goza de *respeitabilidade* e possui um *elevado status no exercício de sua profissão*. O sujeito seria respeitável se não possuísse maus antecedentes criminais. E poderia ser considerado de elevado *status* na profissão se ocupasse um cargo de grande prestígio e repercussão social. Porém, Sutherland ressalta que uma pessoa torna-se criminosa do *colarinho branco* justamente pelos contatos diferenciais. Constatou o autor que a grande maioria dos criminosos que se encaixavam no modelo acima referido, homens de negócios e executivos em geral, demonstravam grande apego a valores morais e éticos no início do curso da profissão e uma redução progressiva da preocupação moral com o decurso do tempo. Isso significa que a imersão no mundo dos negócios e o constante contato com valores como *lucratividade a qualquer custo*, promoviam o paulatino enfraquecimento de outros valores como idoneidade, honestidade, lisura. Enfim, o ambiente do mundo dos negócios, regido pela busca incondicional de vantagens econômicas e pela exaltação de condutas amorais, porém lucrativas, contribuía para a construção social de um criminoso. É, por conseguinte, a aprendizagem de valores

tendentes ao crime e dos mecanismos de sua execução a responsável pela formação dos criminosos do *colarinho branco*⁴⁶.

Crimes do colarinho branco, conforme anterior menção, por serem uma modalidade de delito que se apresenta na Sociedade do Risco, são marcados por caracteres típicos da criminalidade que se desenvolve na *tecnologizada* e globalizada era pós-industrial, a saber: especialização, complexidade, invisibilidade.

O pleno e completo cometimento de tais crimes implica uma rigorosa divisão de tarefas e funções a serem realizadas não por qualquer pessoa, mas por detentores de aprofundado conhecimento técnico. As condutas são extremamente especializadas e constituem, cada qual, importantes peças da engrenagem da execução do crime.

Da intensa especialização das condutas envolvidas na execução dos crimes decorre a complexidade de que se revestem, a qual dificulta a própria atuação do Poder Legislativo, que se vê inapto a legislar sobre assuntos altamente técnicos e específicos.

A invisibilidade das condutas também está presente nessa nova criminalidade global que presenciamos. Crimes como lavagem de dinheiro são majoritariamente realizados sem emprego de qualquer tipo de violência e longe dos olhares da população em geral, o que os torna não visíveis.

Enfim, crimes do colarinho branco, compreendidos de acordo com o pensamento de Edwin Sutherland, encarnam os traços distintivos da criminalidade que se desenvolve e se levanta nesse início de século XXI, indiscutivelmente figurando como um fato social presente na Sociedade Global do Risco.

3.3 O impacto da Sociedade do Risco no Direito Penal

⁴⁶ PEREIRA, F.G. Os Crimes Econômicos na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 51, novembro-dezembro, 2004, p. 119.

Cientes e alertas da nova configuração social que emerge na contemporaneidade, sociólogos, filósofos, cientistas políticos e principalmente juristas têm pesquisado sobre o futuro do Direito, em especial do Direito Penal. Perguntam-se os pensadores como se posicionaria o Direito Penal frente aos novos riscos globais: deveria ele permanecer inerte e restrito aos fatos até então por ele albergados ou deveria funcionalizar-se, adaptando-se às exigências postas pelos mega-riscos da Sociedade pós-industrial? Em uma só frase, a doutrina indaga qual será o caminho a ser trilhado pelo Direito Penal no século que se inicia.

Jesús María Silva Sanches⁴⁷ (2002), analisando o impacto das transformações sociais na esfera jurídica, constata uma tendência à expansão do Direito Penal na Sociedade do Risco. As razões para tal, segundo o autor, podem ser assim sumariadas:

a) Surgimento de novos bens jurídicos merecedores de tutela penal. No âmbito da Sociedade do Risco certos bens jurídicos como o meio-ambiente, a ordem tributária, a ordem econômica passam a gozar de maior relevância, em virtude exatamente das ameaças contemporâneas que suportam, demandando a proteção penal. Logo, há um maior número de bens jurídicos com *status* de bem jurídico-penal.

b) Desenvolvimento de novos riscos, justamente os riscos globais, que afetam não apenas uma pessoa em específico, mas a coletividade em geral e como um todo. Como consequência, o Direito Penal tende a ser forçado a adaptar-se para habilmente cuidar dessas novas ameaças sociais.

c) Aumento da insegurança. A dimensão gigantesca dos riscos atuais, aliada à potencialização de seus efeitos provocada pela ação da mídia, instaura o medo e a insegurança na população, a qual, para sua própria proteção, pressiona o Poder Público para o incremento e alargamento da incidência do Direito Penal. As pessoas, sentindo-se acuada pela submissão às novas ameaças contemporâneas, passam a exigir do Estado mais policiamento, leis penais mais rigorosas, agilidade do curso dos

⁴⁷ SILVA, J. M. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

processos criminais perante o Poder Judiciário. Em outras palavras, há uma maior cobrança pela incisiva atuação das instâncias repressivas do Estado.

d) Formação da *sociedade das vítimas*. Na Sociedade Global do Risco, as ameaças dizem respeito a várias pessoas do grupo social, senão a todas. Dessa forma, as vítimas dos mega-riscos contemporâneos são todas (ou quase todas) as pessoas que fazem parte do grupo social. É possível individualizar o sujeito passivo do crime de lavagem de dinheiro ou a vítima da poluição do ar? Logicamente não, uma vez que é negativamente afetado um número indeterminado de pessoas. Por estarem cada uma das vítimas dessas ameaças espalhadas e difusas no corpo social, a sociedade, como ente coletivo, é o grande sujeito passivo. Pois bem, cada indivíduo, vale dizer, não só é uma vítima, como também se reconhece e se identifica como tal, exigindo cada vez mais o fortalecimento e a expansão do Direito Penal.

e) Crença na capacidade preventiva e protetiva do Direito Penal. O Direito Penal é visto como a panacéia para todos os males. Se os riscos da sociedade pós-industrial são as quimeras contemporâneas, o Direito Penal seria o antídoto, o remédio que revitalizará a harmonia social. Dessa crença no potencial pacificador do sistema penal, advém uma inversão: de mecanismo de incidência subsidiária e fragmentária, o Direito Penal passa a ser o primeiro e principal instrumento social de contenção de riscos, circunstância que favorece sua ampliação e dilatação.

3.3.1 A Formação de um Direito Penal do Risco

A aludida tendência contemporânea de expansão do Direito Penal detectada por Silva Sanches é defendida por certa parte da doutrina penalista, que atualmente tem dedicado amplos esforços na construção de um Direito Penal plenamente apto ao tratamento das novas exigências postas pela Sociedade do Risco.

Partem esses estudiosos da premissa de que o Direito Penal não pode ficar estático e inerte aos novos desafios que se levantam no princípio do Século XXI, devendo aperfeiçoar-se e modificar-se de modo a ser coerente com a configuração social que se põe na atualidade. Sendo ele um importante mecanismo estatal de proteção dos bens jurídicos fundamentais da sociedade, não haveria motivo plausível para simplesmente deixá-lo de fora da batalha contra os mais graves problemas contemporaneidade – os novos riscos globais. Enfim, busca-se atualmente o que se pode chamar de Direito Penal do Risco.

Pois bem, o que seria um Direito Penal do Risco? Como o próprio nome é capaz de sugerir, é o ordenamento jurídico pensado, estruturado e realizado em torno da idéia do risco, o qual é alçado à categoria de espinha dorsal e ponto de partida da construção do sistema de controle social. Isso significa que toda a dogmática jurídico-penal, que fundamenta e normatiza o aparelho punitivo estatal, e a política criminal, a qual orienta a execução do plano repressivo do Estado, serão cunhados para a concretização primordial de um fim específico – a contenção e minimização dos mega-riscos contemporâneos.

Toda unidade sistêmica, para subsistir, demanda um elemento central e um princípio reitor. O elemento central é o ponto de referência em torno do qual todos os elementos sistêmicos gravitam. Trata-se do cerne do sistema que exerce uma força centrípeta aglutinadora das células. O princípio reitor, por sua vez, orienta e direciona o movimento e atividade de cada uma das partículas integrantes do sistema, as quais se disporão coordenada e organizadamente. Ora, o Direito Penal do Risco, como sistema normativo que pretende ser, não foge dessa lógica de estruturação e funcionamento. No caso, o elemento central é o risco, compreendido na perspectiva anteriormente anunciada. E o princípio reitor do sistema seria justamente a necessidade e importância da preocupação do Direito Penal com o resguardo e proteção das pessoas contra os novos riscos inerentes à sociedade pós-industrial.

Direito Penal do Risco, portanto, seria um ordenamento jurídico-penal *funcionalizado*, pois sua construção e incidência seriam comandadas por uma função precípua: cuidar e tratar das novas ameaças globais, sejam as estritamente derivadas da referida “sobreprodução industrial”, sejam as

decorrentes da criminalidade de feições originais da contemporaneidade, cujos efeitos são espalhados no espaço e diferidos no tempo.

Cornelius Prittwitz⁴⁸ (2004), ao estudar os reflexos da Sociedade do Risco na Ciência Conjunta do Direito Penal, sublinha que o surgimento e desenvolvimento de um Direito Penal do Risco são marcados pela:

a) admissão de novos bens jurídicos no rol dos tutelados pelo Direito Penal, como meio-ambiente, mercado econômico. Ou seja, no Direito Penal do Risco não só os tradicionais direitos individuais estariam sob a proteção do ordenamento penal, mas também e em igual proporção os direitos difusos e coletivos.

b) deslocamento para frente da fronteira entre os fatos puníveis e não-puníveis.

c) diminuição das exigências de reprovabilidade. Em outras palavras, haveria uma atenuação dos pressupostos de censurabilidade dos comportamentos, de modo que certas condutas anteriormente vistas como permitidas socialmente passariam a sofrer a incidências de sanções de ordem penal. Tomemos como exemplo uma hipótese fática extremada: perante o paradigma penal das sociedades industriais, uma pessoa que apenas usasse diariamente desodorante aerossol estaria completamente em conformidade com o Direito, não havendo motivo ético e técnico para sua punição. Perante o paradigma da Sociedade do Risco, todavia, o desfecho desse acontecimento seria diferente: funcionalizado em torno da necessidade de contenção dos novos riscos globais, o Direito Penal do Risco reprovava a conduta de usar rotineiramente o desodorante aerossol, pois tal comportamento, apesar de insignificante em sua individualidade, contribuiria consideravelmente para a formação do buraco na camada de ozônio, uma vez tomado em conjunto com comportamentos similares. O mesmo raciocínio, vale dizer, poderia ser aplicado ao caso de simples condutas administrativas realizadas por pessoas de baixo *status* no interior de uma organização criminosa empresarialmente estruturada: sob o império de um Direito Penal do Risco, não há dúvida de que

⁴⁸ PRITTWITZ, C. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, março-abril, 2004

tais condutas seriam censuradas, uma vez que do seu modo concorrem para a produção de um risco que atingirá o grupo social como um todo. Enfim, com a formação de um Direito Penal do Risco, à medida que aumenta as dimensões dos riscos sociais, diminui-se o espaço do risco juridicamente permitido.

3.3.1.1 Características de uma Dogmática do Risco

Os defensores da formação do Direito Penal do Risco militam em favor de alterações e aperfeiçoamento da dogmática penal, com vistas a melhor adaptá-la ao panorama social da Sociedade do Risco, ou seja, para fazer do Direito Penal um mecanismo hábil e eficiente na luta contra os novos riscos de escala global.

Entre essas modificações pode-se mencionar *a)* o uso mais abundante das normas penais em branco, *b)* a criação de tipos penais abertos, *c)* tipificação de crimes de perigo, *d)* responsabilização penal de pessoas jurídicas.

3.3.1.1.1 Normas Penais em Branco

Toda norma penal é formada por preceito e sanção. Preceito é onde consta a descrição da conduta proibida pelo Direito. Sanção é a cominação abstrata de uma penalidade, que em concreto será aplicada se houver descumprimento do preceito normativo.

Normas penais em branco seriam aquelas que possuem sanção plenamente estipulada, mas cujo preceito está incompleto, isto é, a descrição do comportamento punível não foi feita na sua completude. Nesse caso, o conteúdo da norma penal será integrado por outro comando normativo, o qual pode ser uma lei formalmente elaborada pelo Poder Legislativo ou então um ato normativo de caráter administrativo, como decreto ou portaria.

Essa modalidade de norma penal existe porque não raro o legislador se vê na incumbência de legislar sobre assuntos extremamente específicos e

técnicos, demandando a colaboração de outros entes do Poder Público para que se complete o conteúdo e alcance da norma.

Recorre-se também às normas penais em branco para se garantir atualidade de uma norma penal, que pode ter sua abrangência permanentemente renovada pelos atos normativos integradores.

A técnica da norma penal em branco, então, é formidável aos objetivos e fins do Direito Penal do Risco. Tendo em vista o escopo do Direito Penal de minimização dos riscos globais, o Poder Público pode, por leis ou por atos normativos de caráter administrativo, integrar normas penais em seu bojo, incluindo comportamentos e condutas que, segundo a política estatal, contribuem para a formação dos mega-riscos contemporâneos. Em verdade, as normas penais em branco abrem o espaço de que o Estado precisa para a realização e efetivação de sua política de contenção de riscos.

O vasto e amplo uso dessas normas penais de preceito incompleto, no âmbito da sociedade pós-industrial, faz das normas penais um enunciado normativo volátil e manipulável, cujo desenho será contornado e finalizado pelos interesses e políticas estatais de tratamento das ameaças contemporâneas.

3.3.1.1.2 Tipos Penais Abertos

Tipos penais podem ser fechados ou abertos. Fechados são aqueles em que o comportamento proibido é descrito de forma completa, de tal modo que, conforme ensina Francisco de Assis Toledo (1994), não deixa “[...] ao intérprete, para a verificação da ilicitude, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, bem como a inexistência de causas de justificação[...⁴⁹]”. Já os tipos penais abertos carecem de descrição completa da conduta não permitida, exigindo do intérprete a integração do tipo no caso concreto.

A técnica dos tipos penais abertos, vale dizer, também é útil e interessante ao Direito Penal do Risco, pois confere ao juiz a possibilidade de,

⁴⁹ TOLEDO, F.A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994

no exercício da atividade integrativa do tipo, realizar o intento político-criminal de combate às ameaças atuais.

3.3.1.1.3 Tipificação de Crimes de Perigo

Os tipos penais classificam-se em tipos de lesão e tipos de perigo. Tipos de lesão são os que, para a consumação do crime, exigem a efetiva ofensa do bem jurídico protegido pela norma penal. É o caso do crime de homicídio, que só se considera realizado se ocorre a morte da vítima, ferindo-se o bem jurídico vida. Tipos de perigo, por sua vez, são aqueles que prevêm não uma lesão a um bem jurídico, mas uma exposição deste a perigo. Tipificada é a ameaça de ofensa, e não a ofensa em si.

Tipos penais de perigo dividem-se em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato. Nos primeiros, para a consumação do crime, é necessária exata comprovação, no caso concreto, de que realmente o bem jurídico foi exposto a perigo. Já nos tipos de perigo abstrato basta a mera realização da conduta descrita no tipo para a consumação do crime, uma vez que a realização do comportamento proibido faz presumir a exposição a perigo.

O Direito Penal do Risco tende a valer-se muito dos chamados tipos de perigo. Sabemos já que os grandes problemas da atualidade são os megariscos contemporâneos, que, causados pela própria racionalidade humana, assolam grupos enormes de pessoas. Sabemos também que um Direito Penal funcionalizado ao combate de tais riscos parece levantar-se nesse início de século XXI. E é justamente pela elaboração de tipos de perigo que o Direito Penal vislumbra a possibilidade de colocar sob sua incidência essas ameaças a bens coletivos que se vê na sociedade pós-industrial.

Se o Direito Penal trabalhar apenas com tipos de lesão, explicam os *penalistas do risco*, nunca será capaz de proteger a sociedade dos riscos globais da atualidade. Afinal, completam esses autores, se a censurabilidade e a reprovabilidade penais estiverem adstritas a casos de concreta e presente lesão a bem jurídico, em pouco tempo para nada servirá o Direito Penal, uma

vez que os maiores dilemas enfrentados na atualidade são riscos de escala global, que ameaçam a sociedade como um todo e que apenas anunciam uma futura e incerta lesão de bem jurídicos coletivos.

Ações já anteriormente referidas, como a produção de elementos transgênicos, não promovem uma imediata lesão do bem jurídico vida ou da integridade física. Pelo contrário, seus efeitos danosos, se é que ocorrerão, apenas serão sentidos no futuro, sendo inclusive impossível a precisão exata de quando. Só o que tais ações nos trazem no presente é a ameaça de lesão, a possibilidade de ofensa a bem jurídico. Ora, se o Direito Penal do Risco parte da premissa político-criminal de que deve ele intervir em tais comportamentos, punindo-os pela contribuição que fazem para o risco de lesão à vida humana, outra alternativa dogmática não há senão a tipificação de crimes perigo.

Enfim, dentro da lógica do Direito Penal do Risco, a existência exclusiva de tipos penais de lesão ou a reduzida tipificação de crimes de perigo é insuficiente e contraproducente, pois sem a vasta elaboração de normas penais incriminadoras de condutas perigosas (não propriamente lesivas), tem-se um Direito Penal de mãos atadas e inábil para a contenção dos riscos globais.

3.3.1.1.4 Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é negada e rechaçada pela doutrina penal tradicional, sob a justificativa de que é incompatível com o próprio conceito de crime. Crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Uma pessoa jurídica, por ser uma abstração jurídica, não teria vontade; logo seria incapaz de realizar uma ação humana. Dessa forma, tecnicamente impensável um crime e uma subsequente reprovação penal de uma pessoa jurídica, pois ausente o primeiro elemento do conceito de fato punível – a conduta.

As ameaças que grandes entes coletivos têm perpetrado na atualidade, como o desmatamento de florestas ou a poluição do ar, despertaram novos entendimentos na doutrina penal. Dizem os adeptos do Direito Penal do Risco que se os riscos são motivados pela ação de companhias e grandes grupos

empresariais, não há porque excluir tais pessoas jurídicas da incidência do Sistema Penal. Solução diversa esvaziaria a atuação do Direito Penal na tutela plena da sociedade contra os aludidos riscos globais.

A responsabilidade da pessoa jurídica seria então uma alternativa irrecusável para um Direito Penal que se pretendesse atento aos problemas postos pela Sociedade do Risco.

O ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer, já adotou a possibilidade de reprovação penal de entes coletivos, como se verifica da Lei nº 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais.

3.3.2 A Função Simbólica do Direito Penal do Risco e a Corrosão do Paradigma Penal Clássico.

Ao lado dos penalistas que defendem a formação de um Direito Penal do Risco, estão os pensadores e estudiosos que, estudando criticamente a atual tendência expansionista do ordenamento penal, questionam-se se tal Direito Penal do Risco seria mesmo útil e eficaz na luta contra os novos desafios da Sociedade do Risco. Ou seja, perguntam-se se o tratamento penal dos riscos globais contemporâneos seria a melhor forma de contê-los ou, ao revés, se haveria outro melhor e menos tortuoso caminho para se proteger as gerações presentes e futuras das ameaças de escala planetária.

O Direito Penal do Risco cumpre uma função simbólica. Ao invés de efetivamente proteger bens jurídicos fundamentais, esse ordenamento jurídico funcionalizado tem objetivo precípuo, porém velado, de retribuir as expectativas que as pessoas nele depositam. Perplexas com os riscos globais, cujas dimensões são largamente ampliadas pela ação da mídia, as pessoas reclamam proteção eficaz. E concentram seu clamor no Direito Penal, que passa a ser visto como o melhor e mais potente mecanismo de salvaguarda dos indivíduos. Eleito o mecanismo de salvação da humanidade, o Direito Penal reestrutura-se, reformula-se, refunda-se para criar na sociedade a impressão de que realmente a está protegendo dos grandes problemas por ela enfrentados no começo do século XXI. Tudo que o Direito Penal do Risco

procura é despertar a confiança das pessoas de que de fato algo por elas está sendo feito, acalmando os ânimos populares.

Como bem firma Prittwitz (2004), no Direito Penal do Risco, “[...] um comportamento não é penalmente tipificado porque é considerado socialmente inadequado, mas a fim de que seja visto como socialmente inadequado [...]”⁵⁰ Isso significa que a criminalização de uma conduta, ao invés de ocorrer em razão de uma eventual e pura danosidade da ação, faz-se para o atendimento de uma política estatal não de contenção de riscos, mas de contenção das reações emocionais decorrentes dos riscos.

O Direito Penal funcionalizado, portanto, antes de ser um eficaz instrumento de efetiva tutela dos bens jurídicos fundamentais, cumpriria apenas um papel simbólico, ou seja, o papel de remediar o medo e a insegurança decorrentes do panorama social posto pela Sociedade do Risco.

O advento de um Direito Penal do Risco e o exercício exacerbado de sua função simbólica, aliás, traria efeitos nocivos à Ciência Penal: as principais características do paradigma penal clássico, cunhadas perante o Iluminismo Penal e tão importantes para a construção de um Sistema Penal voltado à tutela da dignidade da pessoa humana, sofreriam uma inevitável corrosão.

De *ultima ratio*, o Direito Penal passaria a *sola ratio*, alçando-se ao posto de primeiro e principal instrumento de proteção de bens jurídicos. Dada às referidas pressões populares por maior intervenção do Direito Penal na seara dos riscos globais contemporâneos, a *subsidiariedade* da incidência penal seria superada por uma *primariedade* da atuação do Direito Penal.

A *fragmentariedade* da tutela de bens jurídicos também se perderia, uma vez que não só alguns poucos essenciais bens jurídicos estariam sob proteção do Direito Penal, mas sim uma vasta gama deles. Como mencionado, a emergência da Sociedade do Risco faz incluir no rol de bens penalmente salvaguardados uma série de outros bens, como o meio-ambiente e a economia popular.

⁵⁰ PRITTWITZ, C. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, março-abril, 2004.

Vê-se, portanto, que o Direito Penal do Risco é nitidamente incompatível com um dos corolários do paradigma penal clássico: a intervenção penal mínima. Aliás, o Direito Penal do Risco propugna uma verdadeira intervenção penal máxima, isto é, faz-se o sistema penal atuar da forma mais incisiva e rigorosa possível nos mais variados campos da vida humana. E tudo isso sob a justificativa de que carecem as pessoas de adequada proteção contra as ameaças globais contemporâneas.

No âmbito da dogmática penal do risco, coloca-se em xeque também tradicionais conceitos relacionados à imputação criminal, como autoria e culpa.

Como anteriormente explicado, na sociedade pós-industrial, os grandes e novos riscos são marcados pela indeterminação da vítima e do agente. Não é possível precisar quem exatamente é o causador da formação do buraco na camada de ozônio e nem mesmo é possível identificar ao certo os afetados, uma vez que não há um específico causador e nem uma específica vítima: todos são concomitantemente agentes e vítimas. Ainda, a produção de tais riscos se faz mediante um gigantesco distanciamento temporal e espacial entre conduta e resultado danoso, fato que dificulta ainda mais a definição dos culpados. Dessa forma, se o Direito Penal se propõe a tratar de tais riscos, não há como subsistir a responsabilização penal baseada na concepção de autoria individual, pela qual só imputa-se um crime e aplica-se pena a quem foi inequivocamente definido e considerado como autor de uma infração, ou seja, causador de uma lesão a bem jurídico.

A culpa, por sua vez, no paradigma penal das sociedades industriais, é pressuposto da aplicação da pena e limite intransponível de sua medida. Porém, se na contemporaneidade há uma grande distância de tempo e espaço entre a conduta causadora do dano e o efetivo dano, torna-se praticamente impossível aferir a culpa, para fins de imputação penal.

Um Direito Penal funcionalizado ao tratamento dos riscos globais, por conseguinte, não poderia valer-se dos atuais conceitos de culpa e autoria para a definição dos seus critérios de imputação penal, pois incompatíveis com os objetivos político-criminais por ele perseguidos. Prescindir dessas duas idéias, entretanto, daria margem à formação de um Direito Penal arbitrário, que reprimiria comportamentos e aplicaria penas sem as restrições impostas pela exigência de um nexo de causalidade, transformando o Direito Penal num mero

instrumento de realização de políticas de governo. Sob a justificativa de que se empreende um combate aos riscos globais, aplicar-se-iam penas sem a plena constatação dos responsáveis pela realização de condutas dotadas de periculosidade. Sem as noções de culpa e autoria, na forma como são entendidos no paradigma penal clássico, a medida da pena não seria sujeita a um limite máximo inultrapassável e o pressuposto da incidência das sanções criminais não mais seria a relação causal entre conduta e dano, mas sim a mera necessidade de controle dos riscos globais contemporâneos, ou seja, a imperiosidade da execução de políticas estatais.

4. CONCLUSÃO

A Sociedade do Risco, nesse início de século XXI, traz consigo uma grande tarefa aos homens: a contenção dos riscos de escala global da contemporaneidade pela neutralização dos fatos geradores de tais ameaças.

O cumprimento dessa tarefa não pode sofrer a interferência do Direito Penal, que não deve interferir no enfrentamento do desafio posto pela sociedade pós-industrial.

A construção de um Direito Penal voltado, dogmática e político-criminalmente, ao tratamento dos grandes riscos da atualidade implica a renúncia às principais conquistas da humanidade no âmbito da Ciência Penal, isto é, implica a perda e o abandono de conceitos e diretrizes *jusfilosóficas* oriundas do Iluminismo Penal, que orientam a incidência do aparelho punitivo do Estado no sentido da defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O Direito Penal do Risco, em razão da incompatibilidade de sua função com as idéias basilares do Paradigma Penal Clássico, ver-se-ia obrigado a cunhar outros critérios e parâmetros de imputação penal e realização do sistema de penas, deixando de lado os elementos que fizeram do Direito Penal Clássico um ordenamento *garantista*, de intervenção mínima e voltado ao resguardo do ser humano e de sua dignidade.

Além do potencial corrosivo das tão caras garantias iluministas, o Direito Penal do Risco apresenta uma função simbólica real, escamoteada e mascarada por uma função irreal e aparente. Sob a veste ilusória de que efetivamente protege os indivíduos das ameaças globais, o Direito Penal do Risco serve apenas para acalmar os ânimos populares, respondendo aos anseios com um assistemático e contraproducente recrudescimento de seus institutos. Longe de garantir a incolumidade do grupo social, tal ordenamento funcionalizado se preocupa em apaziguar o medo generalizadamente instaurado na sociedade, induzindo as pessoas à falsa conclusão de que o Estado eficaz e satisfatoriamente está atuando no combate aos temidos riscos globais.

Assim sendo, o melhor caminho a ser seguido é relegar o tratamento dos novos e grandes riscos ao Direito Administrativo. Como bem salienta Flávia Goulart Pereira, citando Silva Sanches, “[...]o Direito Administrativo é um direito do dano cumulativo, dispensando uma valoração do fato específico e perquirindo sobre a lesividade dessa conduta quando difundida por um grande número de pessoas. Esse critério de imputação é, contudo, inadmissível no âmbito penal[...]”⁵¹. Isso significa que o Direito Administrativo, ao contrário do Direito Penal, admite a reprovabilidade, e conseqüente sancionamento, de uma conduta que seja insignificante na sua individualidade, mas que apresente danosidade e alto potencial catastrófico se agrupada com outras condutas de igual natureza e essência.

O Direito Administrativo, portanto, poderia tranquilamente aplicar sanções administrativas a condutas como o uso diário de desodorante aerossol, desmatamento desregrados e desenfreado, emissão descontrolada de gases poluentes por grandes indústrias, fraudes ao Fisco. A lógica sancionadora que preside o sistema e a dogmática do Direito Administrativo autoriza que a ele se atribua o importantíssimo e urgente papel de controle dos mega-riscos contemporâneos.

E enquanto o Direito Administrativo se ocupa da função de encarar os desafios postos pela Sociedade do Risco, vale dizer, o Direito Penal deve permanecer intacto e fiel aos princípios e pressupostos que o acompanham desde a construção do que chamamos de Paradigma Penal Clássico, evitando qualquer tipo de transformação ou reformulação destinada a adaptá-lo às exigências da Sociedade Global do Risco.

⁵¹ SANCHES apud PEREIRA, F.G. Os Crimes Econômicos na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 51, novembro-dezembro, 2004, p. 128-129.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECK, U. A Reinvenção Da Política: Rumo A Uma Teoria Da Modernização Reflexiva. In: GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, U. **La Sociedad Del Riesgo: Hacia Una Nueva Modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, U.; ZOLO, D. A Sociedade Global do Risco. **Universidade Federal de Santa Catarina- Departamento de Filosofia**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/filosofia/graduacao/>>. Acesso em: 05/07/2008.

BRUNO, A. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º: introdução, Norma Penal, Fato Punível**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BECK, U.. **World Risk Society**. Cambridge: Polity Press, 1999.

CARVALHO, A. B. **Aplicação de Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, C.L. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

D'AVILA, F.R. A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excurso sobre o Direito Penal do Risco). **Mundo Jurídico**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70> Acesso em 15/01/2008.

DIAS, J.F. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, J.F. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

DOTTI, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

FERNANDES, P.S. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ORDEIG, E.G. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, F.G. Os Crimes Econômicos na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 51, novembro-dezembro, 2004.

PRITTWITZ, C. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, nº 47, março-abril, 2004.

SANTOS, J. C. **Direito Penal. Parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SILVA, J. M. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, P.R.A. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade do Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12. nº 46, janeiro-fevereiro, 2004.

SIQUEIRA, F.A.M.A Tutela Penal dos Interesses Difusos na Sociedade de Risco. **Jus Navigandi**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4034>> Acesso em 15/01/ 2008.

SUTHERLAND, E.H. A Criminalidade do Colarinho Branco. **American Sociological Review**. Indiana University. Número 1. Volume 5. Fevereiro, 1940.

TOLEDO, F.A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.